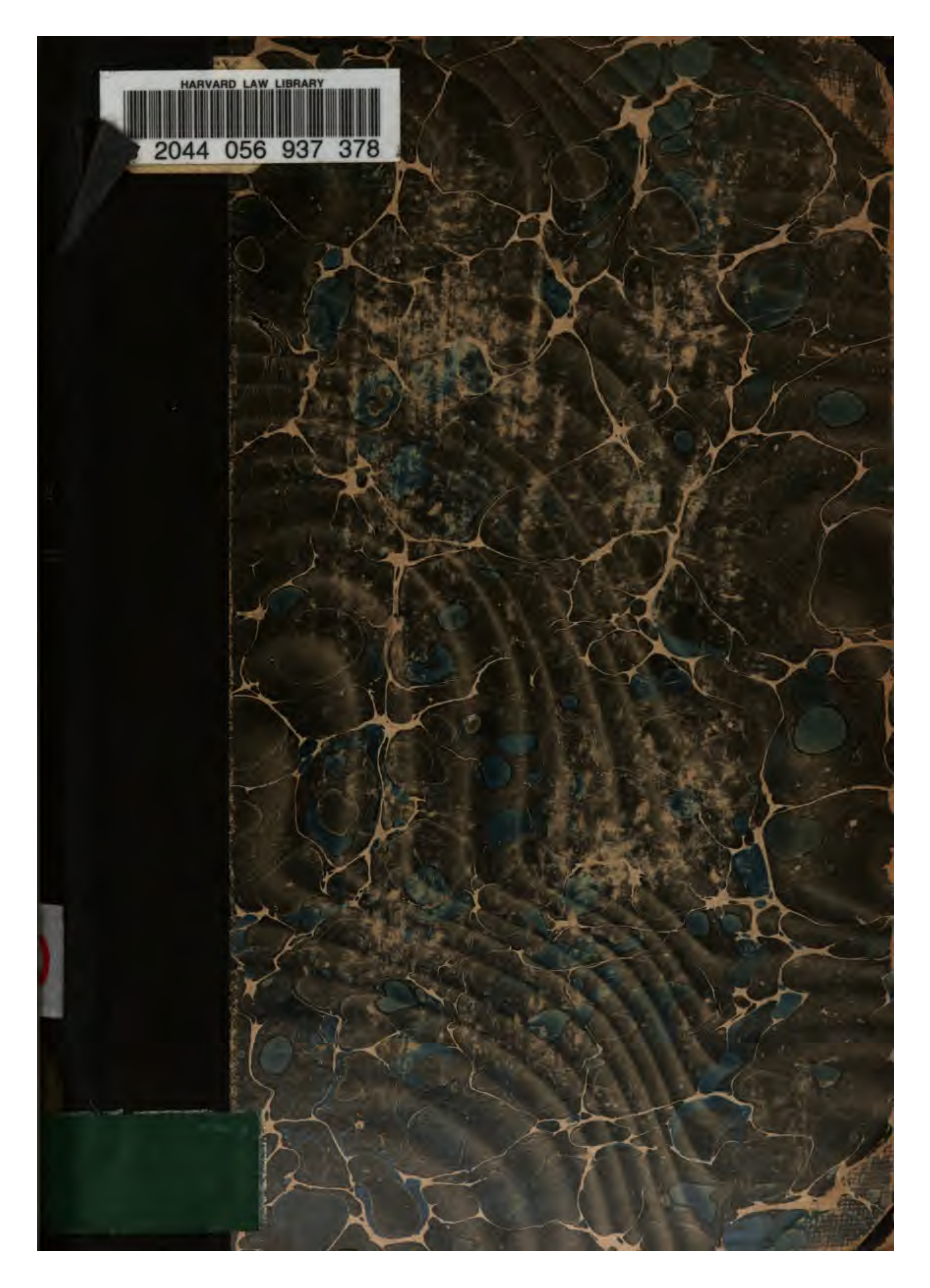
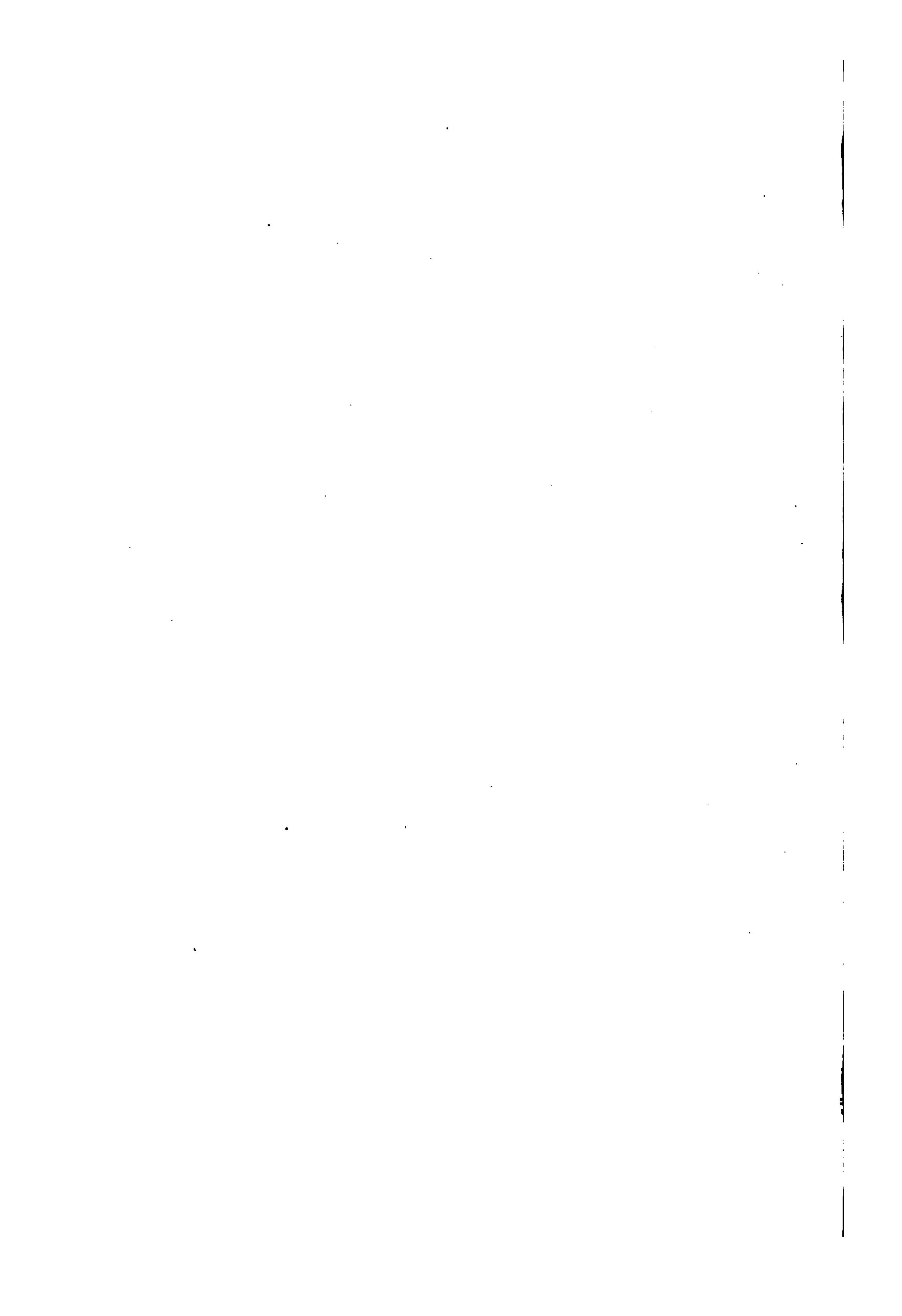

HARVARD LAW LIBRARY
2044 056 937 378


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS







# Rechtsprechung

und

# materielle Rechtskraft.

---

Verwaltungsrechtliche Studien

von

**Dr. Edmund Bernatzik.**




**Wien 1886.**

**Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.**

**I. Kohlmarkt 7.**

Rec. April 10, 1907.

# Vorrede.

In seinem trefflichen Aufsatz: Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft[1]) bemerkt Gierke: „Auf der einen Seite muss sich die Staatsrechtslehre voll und ganz zu eigen machen, was für eine ‚juristische' Behandlung des Staatsrechtes erarbeitet worden ist. Sie darf in Bezug auf reine und scharfe Ausgestaltung der Rechtsbegriffe nicht rückwärts, sondern nur vorwärts schreiten. . . . Es ist erfreulich, dass die deutsche Jurisprudenz der Gegenwart dazu neigt, an die Bewältigung dieser Aufgabe ihre besten Kräfte zu setzen; dass sie auf dem gesammten Rechtsgebiete das von der historischen Schule Versäumte nachzuholen und die Dogmatik des geltenden Rechts im Sinne strenger Systematik, präciser Abgrenzung und formaler Durchbildung wissenschaftlich zu verselbständigen und zu erneuern strebt; dass sie vor Allem auch das öffentliche Recht aus dem es umballenden Nebelmeere in die klare Luft der unverschleierten juristischen Begriffswelt emporzuheben bemüht ist.

Auf der anderen Seite jedoch würde die deutsche Rechtswissenschaft sich selbst aufgeben, wenn sie die zur Erreichung dieses Zieles von Laband und so vielen Mitstreitern eingeschlagene Bahn einseitig verfolgen, die Unfruchtbarkeit des logischen Formalismus vergessen und die von demselben zu Tage geförderten Resultate als materielle Wahrheiten hinnehmen wollte. Sie würde sich selbst aufgeben, wenn sie nicht stets eingedenk bliebe, dass in dieser Methode nicht die echte und ganze ‚juristische' Methode und in diesen Construktionen nicht die endgiltige Antwort des Juristen auf die Frage nach dem Wesen von Staat und Recht enthalten ist."

Ich kann das Programm der Arbeit, die ich hiermit der Öffentlichkeit übergebe, nicht besser präcisiren, als indem ich ihr diese Sätze

---

[1]) In Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, VII (1883), S. 1191.

voranstelle, die ich, wiewol dieselben zunächst mit Beziehung auf die wissenschaftliche Behandlung des Staatsrechts im engeren Sinne geschrieben sind, auch für die Methode der Bearbeitung des Verwaltungsrechtes als vollkommen richtig acceptire.

Es ist meines Erachtens vor Allem Aufgabe der Wissenschaft des Verwaltungsrechtes, nicht nur eine historisch-politische Analyse der verwaltungsrechtlichen Institutionen zu geben und das System derselben, nach den realen Grundlagen der Verwaltungstätigkeit gegliedert, darzustellen, sondern es ist vor allem Andern ihre Aufgabe, im Wege juristischer Dogmatik die im Staate vorhandenen Rechtsnormen theoretisch zu Rechtssätzen und Rechtsinstituten zu entwickeln, die einzelnen zu ihnen hinführenden Erscheinungen vorsichtig zu generalisiren und die so gewonnenen allgemeinen Regeln auf ihre realen Grundlagen, die ethischen, culturellen und wirtschaftlichen Elemente, die Hypostase des öffentlichen Rechtes, anzuwenden.

Von diesem Gesichtspunkte geleitet habe ich es nun versucht, aus dem geltenden österreichischen Recht einzelne Lehren des Verwaltungsrechtes von besonderer praktischer Wichtigkeit in der Weise zu construiren, dass dieselben in den Rahmen des noch zu schreibenden Systems dieses österreichischen Verwaltungsrechtes hineinpassen.

Bei jenem Generalisirungs- und Construirungsprocess der juristischen Dogmatik, mit welcher ich — nicht ohne grosse Mühe — den spröden Stoff der verwaltungsrechtlichen Normen wissenschaftlich zu bearbeiten versuchte, gelangt man nämlich mit Notwendigkeit auf juristische Categorien, welche diesem ganzen Rechtsgebiet gemeinsam sind, die daher bei Behandlung der speciellen Partien des Verwaltungsrechtes wissenschaftlich, d. h. systematisch, weder dargestellt werden können, noch bisher dargestellt wurden. Jeder, der daran geht, unter Anwendung der juristischen Methode das Verwaltungsrecht zu bearbeiten, muss es als einen schweren Mangel empfinden, dass ein „allgemeiner Teil" dieser Disciplin nicht existirt und es ist daher schon wiederholt von hervorragenden Schriftstellern der Überzeugung Ausdruck verliehen worden, dass vor Ausfüllung dieser Lücke eine gedeihliche Entwickelung des Verwaltungsrechts zu einem Gliede der juristisch-technischen Disciplinen nicht zu erwarten ist.

Ich stimme hinsichtlich des Weges, der zu diesem Ziele führt, vollkommen mit Stoerk[2]) überein, der angesichts der sich auf dem Büchermarkte häufenden „Systeme" des Verwaltungsrechts ausruft: Zu viel Systeme und kein System! . . . Stoerk bezeichnet es mit Recht

[2]) Zur Methodik des öffentlichen Rechts in Grünhut's Ztschr. XII, S. 192 ff.

als die Aufgabe der Jurisprudenz, vorerst — beim Fehlen aller Vor- und Nebenarbeiten — die einzelnen Partien dieses allgemeinen Teils im Wege monografischer Vorarbeiten zu vollenden und so die Grundsteine des künftigen „Systems" zu legen. In dieser Art der Behandlung liegt aber auch, und hierin darf ich wol Stoerk's Ausführungen ergänzen, der eigentlich praktische Wert dieser systematischen Vorarbeiten. Denn wo soll sich die Praxis Rats erholen, wenn sie im concreten Falle auf Probleme stösst, die ihre wissenschaftliche Behandlung blos in jenem allgemeinen Teile finden können (und bisher nicht gefunden haben), als in Monografien, welche die durch Generalisirung gefundenen Rechtssätze bis in das feinste Geäder des öffentlichen Rechtslebens zu verfolgen und bald überraschende Anwendungen derselben auf entlegenen Gebieten als möglich nachzuweisen, bald wieder zu zeigen haben, dass unbewusst Rechtssätze der postulirten Art in diesen oder jenen Fällen bereits die Spruchpraxis beeinflusst haben?

So rechtfertige ich zweierlei: erstens, dass ich hier Bruchstücke eines allgemeinen Teils des österr. Verwaltungsrechtes der Öffentlichkeit vorlege, zweitens, dass diese Bruchstücke zugleich monografische Bearbeitungen einzelner, praktisch besonders wichtiger Lehren dieses allgemeinen Teils sind. Ob meine Anname von der praktischen Verwendbarkeit der eingeschlagenen Methode richtig sei, wird der Erfolg des Buches von selbst zeigen, vorausgesetzt freilich, dass nicht die Art der Darstellung ungenügend ist, worüber ich mir begreiflicherweise ein unbefangenes Urteil nicht zutrauen darf.

Ich habe übrigens noch zu bemerken, dass ich unter der „juristischen" Methode nicht eine sklavische Anlehnung und Entlehnung der privatrechtlichen Categorien auf das öffentliche Recht verstehe, dass ich mich vielmehr bemüht habe, den Einseitigkeiten zu entgehen, welche, wie Gierke und Stoerk ausgeführt haben, der neuen „juristischen" Schule des Staatsrechtes und zum Teile allerdings auch ihrem grossen Meister — Laband — zur Last fallen.

Dass mein Buch einen lebendigen Protest gegen das entgegengesetzte Extrem, den juristischen Nihilismus eines Gumplovics und M. Seydel darstellt, brauche ich vor Fachgenossen nicht weiter auszuführen; hingegen stimme ich allerdings mit Stoerk und Gierke insofern überein, als ich die vorbehaltslose Anwendung der privatrechtlichen Begriffe auf das öffentliche Recht und das unbesehene — vielleicht auch unbesonnene — Verfolgen der juristischen Consequenzen der privatrechtlichen Categorien, dem man bei den Anhängern der juristischen Methode — und wol auch ihrem Meister — hie und da begegnet, als eine höchst verderbliche Einseitigkeit perhorrescire. Die

Lehre von der materiellen Rechtskraft bietet in dieser Hinsicht ein geradezu classisches Beispiel und man könnte ihre Darstellung als eine Art Paradigma für die hier angedeuteten Grundsätze bezeichnen, wofür ich mich freilich auf den Inhalt des zweiten Teils der vorliegenden Arbeit selbst beziehen muss.

Es ist nach dem Gesagten selbstverständlich, dass ich nichts Anderes, als geltendes Recht, und zwar österreichisches Recht, zur Darstellung gebracht habe. Die Ära des seligen Naturrechtes ist zwar, zumal in einer Zeit, die noch immer „Allgemeine Staatsrechte" zur Welt bringt, auf unserem Gebiete noch nicht ganz überwunden; allein ich glaube denn doch, dass die Jurisprudenz der Gegenwart unter einem anderen Zeichen steht und unter ihm siegen wird, unter dem Bestreben nämlich, die Praxis zu beeinflussen und sich durch die Praxis hinwiederum selbst beeinflussen zu lassen .... die Praxis freilich, wie ich sie meine, die sich allerdings in so manchem Staate erst zu entwickeln beginnt.

Demgemäss habe ich mich von unfruchtbaren Spekulationen de lege ferenda und der Construirung unrealisirbarer doktrinärer Träumereien, vor Allem aber vor der Breittretung politischer Parteiansichten absichtlich — und wie ich gestehen will — ohne dass es mich die geringste Überwindung gekostet hätte, gehütet.

Gleichwol war es nicht zu vermeiden, auf fremde Literaturen wie auch auf die Spruchpraxis stammverwandter Staaten zurückzugreifen, weil es sich bei Construirung der im vorliegenden Buche behandelten Rechtssätze und Dogmen zum Teil um die Aufdeckung von Rechtsüberzeugungen gehandelt hat, unter deren Einfluss nicht nur das österreichische Staatswesen allein steht, deren Nachweisung vielmehr deshalb von hohem Wert erschien, weil hier grösstenteils Institute des Gewohnheitsrechtes in Frage stehen, für deren Constatirung die Literatur und Spruchpraxis verwandter Staaten von ganz erheblichem Wert sein musste. Daher habe ich die deutsche und soweit es nötig erschien auch die französische Literatur, ferner die Gesetzgebung und Spruchpraxis der grösseren deutschen Staaten, Preussens, Bayerns, Württembergs und Badens in dem angedeuteten Sinne herangezogen.

Wien am 26. December 1885.

**Der Verfasser.**

# Inhalt.

## I. Abteilung.

### Die Rechtsprechung in Verwaltungssachen.



## II. Abteilung.

### Die materielle Rechtskraft im Verwaltungsrecht.

# Abkürzungen.

A. bgl. G. B.: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811.  
Ackb. M.: Ackerbau-Ministerium.  
A. G. O.: Allgemeine Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781.  
Arch. f. civ. Pr.: Archiv für civilistische Praxis.  
Bad. Ges.: Badisches Gesetz vom 5. Oktober 1863.  
Bad. Ztschr.: Badische Zeitschrift für Verwaltungsrechtspflege.  
B. A. f. Heim. W.: Bundesamt für Heimatwesen in Berlin.  
Cbl.: Geller's Centralblatt für die juristische Praxis.  
Cbl. f. V. P.: Geller's Centralblatt für Verwaltungspraxis.  
D. R. C. P. O.: Deutsche Reichs-Civilprocessordnung vom 30. Jänner 1877.  
D. R. G.: Deutsches Reichsgericht.  
D. R. G. O.: Deutsche Reichsgewerbeordnung.  
E.: Entscheidung.  
Exel: Entscheidung des österr. Verwaltungsgerichthofes, citirt nach der Sammlung Exel's: Das Verfaren vor dem Verwaltungsgerichtshof 1885.  
F. M.: Finanzministerium.  
Geb. Ges: Gebührengesetz.  
Gem. Ges.: Gemeindegesetz vom 5. März 1862.  
Gew. O.: Gewerbeordnung vom 20. Dezember 1859 – 15. März 1883.  
G. H.: Gerichtshalle.  
Gl. U. W.: Sammlung oberstgerichtlicher Entscheidungen, herausgegeben von Glaser, Unger und Walther.  
G. O. (M.): Gemeindeordnungen nach der Anordnung in der Manz'schen Ausgabe.  
G. Z.: Gerichtszeitung.  
Hartmann's Ztschr.: Hartmann's Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.  
Heim. Ges.: Heimatsgesetz vom 3. Dezember 1863.  
H. M.: Handelsministerium.  
Hofd.: Hofdekret.  
Hofkzld.: Hofkanzleidekret.  
Hye Samml.: Hye's Sammlung der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes.

Jur. Bl.: Juristische Blätter.
Jur. N.: Jurisdiktionsnorm vom 20. November 1852.
Kaserer: Ausgabe des österr. Gesetzes vom 22. Oktober 1875 über den Verwaltungsgerichtshof.
L. V. M.: Landesverteidigungsministerium.
M. Manz'sche Ausgabe der österreichischen Gesetze.
M. d. I.: Ministerium des Innern.
M. f. C. u. U.: Ministerium für Cultus und Unterricht.
Mh.: Mayrhofer, Handbuch des österreichischen Verwaltungsdienstes (citirt nach der 4. Aufl.).
Obst. G. H.: Oberster Gerichts- und Cassationshof in Wien.
Öst. Ges.: Österreichisches Gesetz vom 22. Oktober 1875.
Pr. O. V. G.: Preussisches Oberverwaltungsgericht in Berlin.
Reger: A. Reger's Sammlung der Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden etc.
R. G.: Entscheidung des österr. Reichsgerichts (die Numerirung nach Hye's Sammlung).
Samitsch' Ztschr.: Samitsch' Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege u. s. w.
S. d. nach § 6 gef. E. d. V. G. H.: Sammlung der nach § 6 des Gesetzes vom 22. Oktober 1875 gefällten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes von Budwinski.
St. G.: Strafgesetz.
St. G. G.: Staatsgrundgesetz.
St. P. O.: Strafprocessordnung.
V. G. H.: Entscheidung des österr. Verwaltungsgerichtshofes (die Numerirung nach der Sammlung von Budwinski).
Wass. G. (P.): Die österreichischen Wassergesetze, citirt nach der Anordnung Peyrer's in dessen Buch: Das österreichische Wasserrecht.
Z. f. V.: Jäger's Zeitschrift für Verwaltung.

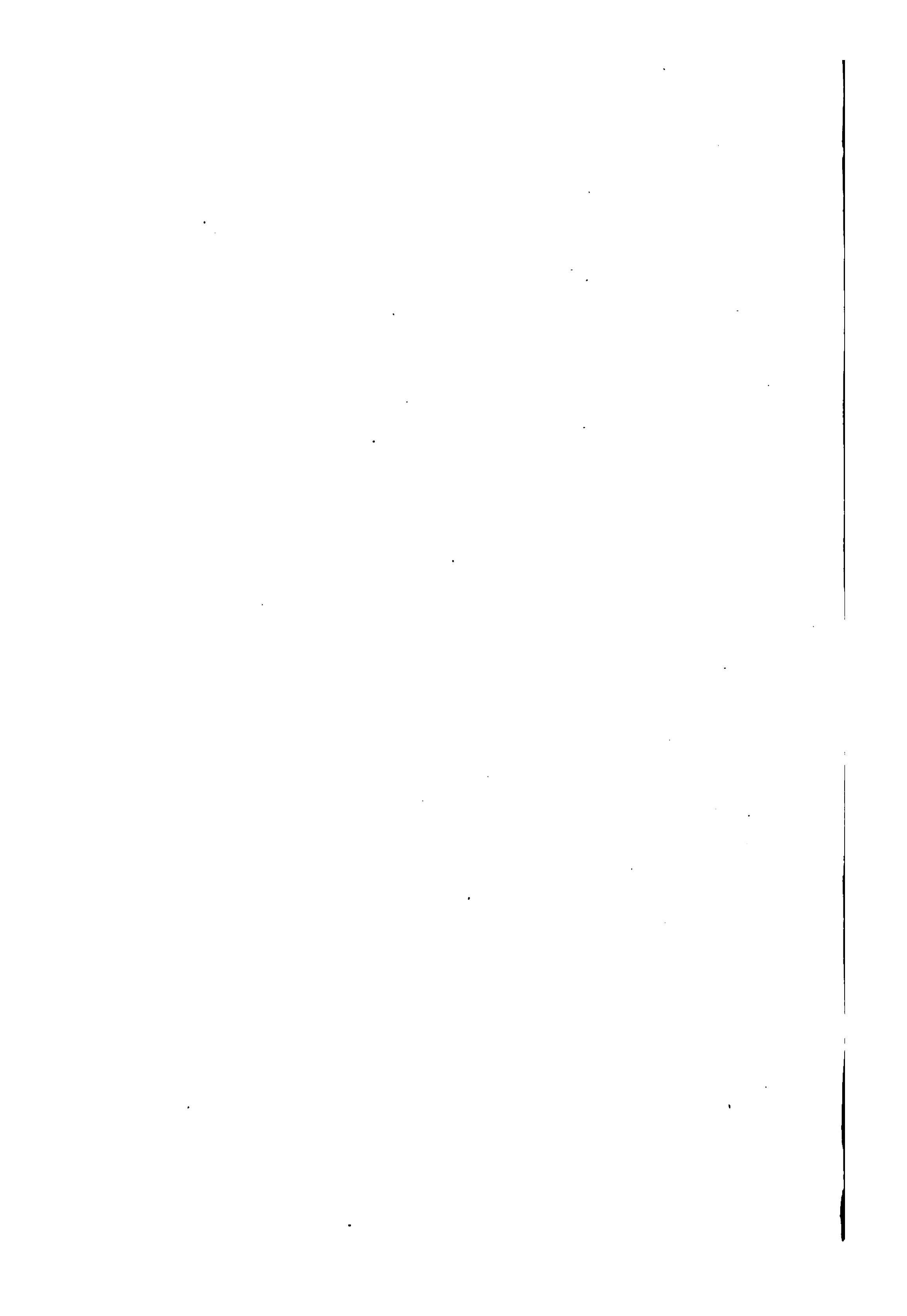
Ist bei Citirung von Gesetzen oder Judikaten nicht der Staat ausdrücklich benannt, denen sie entstammen, so sind österreichische damit gemeint.

# Erste Abteilung.

---

## Die Rechtsprechung in Verwaltungssachen.

---



# Die Tätigkeitsformen der Verwaltung.

## § 1.

Die Ausdrücke „Verwaltungsrechtsprechung", „Verwaltungsjustiz", „Verwaltungsjurisdiktion", „Verwaltungsjudikatur" werden in Theorie und Praxis tagtäglich gebraucht, ohne dass bisher eine präzise Begriffsbestimmung derselben aufgestellt worden wäre. Es geschah diess selbst dann nicht, als in neuester Zeit die „Organisation der Verwaltungsrechtspflege" zum Schlagwort einer gewaltigen und fast alle europäischen Staaten mit sich fortreissenden Reformbewegung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes wurde, deren gedeihliche Entwickelung, wie man denken sollte, Klarheit darüber zur Bedingung hätte haben sollen, was denn eigentlich der Gegenstand der Organisation und der Reform sei.

Es war freilich nicht Sache der Gesetzgebung, darüber bündigen Aufschluss zu erteilen. In vielen Staaten wurden Verwaltungsgerichte eingesetzt, denen ein Teil der Agenden, welche bisher von Verwaltungsbehörden erledigt wurden, zufielen. An dem Charakter dieser Agenden als Verwaltungssachen wurde dadurch Nichts geändert[1]); nicht die Intensität des Gesammtinteresses an ihnen änderte sich, sondern

[1]) Das Rechtsleben ist eben nur zweidimensional; es kennt nur Verhältnisse des öffentlichen Rechts und solche des Privatrechts, je nachdem die Gesammtheit sich nach ihrer jeweiligen Ansicht an einer abstrakt gedachten Tatsachenreihe direkt interessirt erachtet oder nicht; eine dritte Dimension dieses Interesses gibt es nicht. Der Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht ist hier insoferne massgebend, als alle Verwaltungssachen publici juris sind. Damit soll nicht geläugnet sein, dass es öffentliche Rechtsverhältnisse gibt, die nicht Verwaltungssachen sind, nämlich diejenigen, welche sich auf den Verkehr der Staaten untereinander beziehen (Völkerrecht) und jene; welche in der Regierungsform, der Staatsverfassung, ihr tatsächliches Substrat besitzen (Staatsrecht). De lege ferenda lässt sich nie feststellen, ob eine Angelegenheit öffentlich-rechtlicher Natur ist oder nicht; lässt sich de lege lata die rechtliche Natur einer Sache nicht bestimmen, so ist alles Suchen nach einem fixen Kriterium vergebens und es

die Art des Verfahrens und die Zusammensetzung der Behörden, welche damit befasst wurden. Aus der Tatsache allein also, dass in vielen Staaten Verwaltungsgerichte in Tätigkeit sind, folgt das Eine, dass es Verwaltungssachen gibt, deren Erledigung durch Rechtsprechung erfolgen kann. Andererseits sind die ordentlichen Gerichte mit so manchen Angelegenheiten betraut, denen allgemein der Charakter von Verwaltungssachen zugeschrieben wird, wie diess hinsichtlich des grössten Teils der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit der Fall ist.

Offenbar kann daher das unterscheidende Merkmal der Rechtsprechung nicht in der Benennung der judizirenden Behörde, sondern nur in der Form zu suchen sein, in welcher sich die amtliche Tätigkeit vollzieht. Will man sich über den Begriff der Verwaltungsrechtsprechung klar werden, so müssen vielmehr vorerst die Formen der administrativen Tätigkeit einer genauen Prüfung unterworfen werden, was bisher nicht geschehen ist.[2])

---

geht dasselbe in letzter Linie stets darauf hinaus, aus wirtschaftlichen, politischen oder sonstigen culturellen Motiven ein Gesammtinteresse als bestehend nachzuweisen. Im Leben der Völker wechseln aber die Ansichten darüber, was im Gesammtinteresse liegt, gerade so wie beim Einzelnen hinsichtlich der Richtung seines subjektiven Interesses; daher ist nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Spruchpraxis in den zalreichen Fällen, wo die gesetzlichen Grenzen beider Gebiete unkenntlich werden, von diesen wechselnden Ansichten der herrschenden Klassen beeinflusst. Alle Theorien, welche ein objektives Kriterium jenes Unterschiedes de lege ferenda zu geben trachten, umschreiben den hier ausgesprochenen Gedanken mit mehr oder minder geschickt gemachten Phrasen.

Eine eingehendere Darstellung dieses Problems kann hier natürlich nicht versucht werden. Doch sei im Interesse der Klarheit betont, dass die einzelnen Rechtsnormen niemals dem oder jenem Gebiete angehören; die Rechtsnorm selbst ist weder privat- noch öffentlich-rechtlicher Natur. Nur die einzelnen Lebensverhältnisse können unter dem Gesichtspunkte betrachtet werden, ob sie den Gesammtinteressen nahe stehen oder nicht. Dieser Satz ist ebenso selbstverständlich als oft verkannt. Häufig wird behauptet, gewisse Rechtsinstitute gehören ausschliesslich diesem oder jenem Gebiete an. Das Rechtsinstitut (als Complex von Rechtsnormen) ist in diesem Punkte indifferent. Ein und dasselbe conkrete Lebensverhältnis kann stets zu einem öffentlichen oder zu einem Privatrechtsverhältnis werden, je nachdem Teile seines Tatbestandes die öffentlichen Interessen tangiren oder nicht. Jedes Lebensverhältnis hat zwei Seiten, eine öffentlich- und eine privatrechtliche (Ahrens). „Öffentliches Recht“ ist daher die Gesammtheit der Rechtsnormen, welche die Art und Weise regeln, wie die öffentlichen Interessen an den einzelnen im Leben vorkommenden und nach identischen Merkmalen abstrakt zusammengefassten Beziehungen der Rechtssubjekte untereinander zur Geltung zu bringen sind.

[2]) Die Formen der gerichtlichen Judikatur wurden freilich einer ähn-

Bei dieser Betrachtung werden wir jene Tätigkeit der Verwaltungsorgane ausser Acht lassen, welche durch Rechtsnormen überhaupt nicht geregelt ist, also die Wahrnehmung und Beobachtung relevanter Tatumstände und die Verwertung tatsächlicher Beobachtungen zu technischen Begriffen und Schlüssen, welche nicht nach Rechtsregeln, sondern nach den Regeln einer Kunst oder einer technischen Wissenschaft vor sich geht. Wir lenken unser Augenmerk lediglich auf jene Tätigkeit, welche im Verwaltungsrecht[3]) geregelt ist.

Diess vorausgeschickt, finden wir zunächst, dass sich die Formen amtlicher Tätigkeit nach den Zwecken, denen sie dienen, nicht unterscheiden lassen. Denn der Zweck aller ist einer und derselbe: die Erfüllung einer Rechtsnorm. Mit dem Momente, wo die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte aufhört ein Privatrecht des Fürsten oder der

---

lichen Prüfung auch nicht unterworfen, aber blos deshalb, weil sich dort ein praktisches Bedürfnis dazu nicht einstellte. Gleichwol ist nicht zu bezweifeln, dass die Formen der gerichtlichen und jene der administrativen Tätigkeit identisch sein müssen, denn es lässt sich eine behördliche Aktion in anderen Formen als den im Texte aufgestellten nicht denken.

[3]) Denn Verwaltungsrecht ist nur der Inbegriff jener Rechtsnormen, welche die Tätigkeit der Verwaltung in Beziehung auf Verwaltungssachen regeln. Hierin liegt das unterscheidende Kriterium der Begriffe „Verwaltungslehre“ und „Verwaltungsrecht“. Die Verwaltungslehre enthält die systematisch geordnete Darstellung der übrigen Regeln, die sich auf die Gegenstände der Verwaltung beziehen. Ihren Inhalt bilden zwar auch Regeln, aber nicht Rechtsregeln, deren Befolgung die Rechtsordnung gewährleisten könnte, sondern die Regeln einer Kunst oder Wissenschaft. Wie sich das einzelne Verwaltungsorgan die technischen Regeln zurechtlegt und wie es dieselben verwertet, um die tatsächlichen Prämissen seiner Amtshandlung zu gewinnen, dieser Prozess entzieht sich dem Einfluss der Rechtsordnung; die Normirung derselben geschieht zwar in einem wissenschaftlichen, nicht aber in einem Rechtssystem. Nur in einem Punkte fällt er in das Gebiet des Rechts, insoferne nämlich, als eine allgemeine Rechtsnorm besteht, jene auf Grund technischer Regeln gewonnenen tatsächlichen Annamen in concreto zu Prämissen der Amtshandlung wirklich zu machen. Die eine Regel: „Du sollst so handeln, wie Du glaubst, dass es im öffentlichen Interesse liegt“, ist eine Rechtsnorm, weil sich an ihre Übertretung repressive Rechtsfolgen knüpfen und ihre Erfüllung präventiv durch besondere Staatseinrichtungen garantirt ist. Die Art und Weise, wie sich der einzelne Verwaltungsbeamte die seinem Ermessen überlassenen tatsächlichen Annamen bildet, fällt daher zur Gänze ausserhalb den Rahmen des Rechtes; sie ist Gegenstand der Verwaltungslehre, der Volkswirtschaftslehre, der Finanzwissenschaft, der Politik u. s. w. In das Verwaltungsrecht fällt aber die Darstellung der Rechtsfolgen, die sich an die Übertretung jenes allgemeinen Imperativs knüpfen, also das Disziplinarstrafrecht inbegriflich der Ministerverantwortlichkeit, soweit sich letztere nicht auf Verfassungsconflikte bezieht.

Stände zu sein, somit der Gesammtheit gegenüber zur Pflicht wird, gibt es keine (rechtmässige) Amtshandlung mehr, die nicht in Befolgung eines von der Rechtsordnung erlassenen Imperativs erfolgen würde. Eine „Erfüllung der Rechtsordnung" ist daher Rechtsprechung ebensowol wie Verwaltung; den Zweck, einer Rechtsnorm Folge zu leisten, finden wir in jeder amtlichen Tätigkeit, mag die Art, wie die tatsächlichen Prämissen derselben gewonnen werden, von der Rechtsordnung noch so sehr dem uncontrolirbaren Ermessen des einzelnen Beamten überlassen werden.

Demgemäss kann das charakteristische Merkmal der Formen administrativer Tätigkeit nur in den Mitteln gefunden werden, durch welche die Imperative der Rechtsordnung erfüllt werden.

Der zunächst in die Augen fallende Unterschied dieser Mittel, rechtliche Wirkungen hervorzurufen, ist dadurch gegeben, dass ein Tatbestand entweder abstrakt oder conkret geregelt werden kann. Das Kriterium der abstrakten Norm (Rechtsnorm im eigentlichen Sinn) besteht darin, dass eine Mehrheit von Tatbeständen nach einem gewissen Merkmal, das allen identisch sein muss, zu einer begrifflichen Einheit zusammengefasst und so als bewirkende Ursache für die Anwendung eines Imperativs gesetzt wird. Man nennt dann den Imperativ selbst eine „abstrakte Norm", weil der von ihm gewünschte tatsächliche Zustand nicht durch einen einzelnen Tatbestand, sondern durch eine ganze Tatsachenreihe hervorgerufen wird, die, durch ein oder mehrere Merkmale zu einer abstrakten Einheit verknüpft, in dieser abstrahirten Einheit als Anwendungsfall der Norm gewollt wird.

Abstrakte Normen können nun sowol von legislativen als auch von Verwaltungsbehörden ausgehen. Die meisten abstrakten Normen sind Gesetze, aber diese beiden Begriffe decken sich durchaus nicht. Es gibt abstrakte Normen, die nicht Gesetze sind, und es gibt Gesetze, die keine abstrakten Normen enthalten. Mit diesen letzteren, wie überhaupt mit den in gesetzlicher Form ergehenden Imperativen befassen wir uns hier gar nicht. Nur diejenigen abstrakten Normen sind Gegenstand des Verwaltungsrechtes und somit hier zu betrachten, welche vom Verwaltungsorganismus ausgehen. Es sind diess die Verordnungen.

Nach und nach hat sich in der juristischen Literatur der Sprachgebrauch entwickelt, in der Verordnung die Erlassung einer abstrakten Rechtsnorm zu erblicken[4]) und dieser Sprachgebrauch kann wol als

[4]) Vergl. Sarwey, Das öffentliche Recht S. 149; Allg. Verwaltungsrecht in Marquardsen's Hdb. I, 2. Bd. S. 29; F. F. Mayer, Verw. R. § 120;

ein allgemein giltiger betrachtet werden. Er ist um so gerechtfertigter, als man einen technischen Ausdruck für die Erlassung abstrakter Normen Seitens der Verwaltung schaffen müsste, wenn man ihn nicht schon besässe. Denn im Gegensatz zu allen übrigen Funktionen der Verwaltung ist die auf Grund der Ermächtigung der Rechtsordnung erfolgende Schaffung von Rechtsnormen eine in sich abgeschlossene und ganz eigenartige Form der Verwaltungstätigkeit, welche gewisse nur ihr eigentümliche Voraussetzungen und Wirkungen hat. Ob die Verordnung „materiell" ein Gesetz oder das Gesetz unter Umständen „materiell" eine Verordnung sei, kann dahingestellt bleiben[5]); ebenso ist es für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung gleichgiltig, nach welchen Merkmalen man die vorkommenden Verordnungen einteilen mag, insbesondere ob sich der darin ausgesprochene Imperativ zunächst an

---

Laband, Staatsrecht II, S. 219 ff. und in Marquardsen's Hdb. II, 1. Bd. S. 86; Gareis in Marquardsen's Hdb. I, 1. Bd. S. 182; Rosin, Pol. V. R. S. 12; Stengel, Die Organisation S. 28; G. Meier, V. R. S. 24; v. Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht S. 31; E. Löning, V. R. S. 228 ff.; Ulbrich in Grünhut's Ztsch. IX, S. 23 ff. und Öst. St. R. S. 434, 448 und Grundzüge des öst. V. R. S. 9; Gerber, St. R. S. 173; Menger, Civ. Pr. S. 243; Pfaff-Hoffmann, Comm. I, S. 280. Dagegen verwischt neuerdings Burckhard, System d. öst. Pr. R. I, S. 88, 116 den Unterschied zwischen den Begriffen „Verordnung" und „Verfügung". Nach ihm sollen Verwaltungsverordnungen sich nicht als Vollzug einer Rechtsnorm darstellen und auch keine Rechtsquelle bilden, sondern häufig nur „concrete Verwaltungsmassregeln" sein. Letzteren Begriff subsumire ich unter die „Verfügungen". Dagegen figuriren bei ihm S. 95 auch die „Verordnungen" und „kaiserlichen Verordnungen" unter den „Gesetzen", wogegen sich freilich Nichts einwenden lässt, als dass es dem Sprachgebrauch widerspricht, in einer Verordnung ein Gesetz zu erblicken.

[5]) Ich halte eine Untersuchung darüber für ziemlich müssig; mit dem herrschenden Sprachgebrauch kommt man bei derlei terminologischen Spielereien jedenfalls in Conflikt. Das Gesetz kann gewiss auch etwas Anderes enthalten als eine abstrakte Norm; ob man es in diesem Fall Gesetz im formellen Sinn oder Gesetz schlechtweg nennt, ist nicht von Belang. Es ist eben hergebracht, gewisse Äusserungsformen des allgemeinen Willens „Gesetz" zu nennen. Der Unterschied dieses anderweitigen Gesetzinhalts von der Verfügung besteht darin, dass das Gesetz ein Individuelles regeln darf, die Verfügung aber nur ein Concretes. Das heisst, das Gesetz kann von allgemeinen Rechtsnormen abweichen, die Verfügung nicht. Denn der Begriff des Individuellen ist, „dass es nicht eine blosse Wiederholung „des Typus des Abstrakten darstellt, sondern dass es denselben in irgend „einem Punkte, der ihm eigentümlich ist, verleugnet" (Ihering, Zweck im Recht I, S. 327). Unverständlich bleibt, wie Ihering gerade auf Grund dieser Definition die Verfügung ein individuelles Rechtsgebot nennen kann. Denn dass jeder concrete Tatbestand und somit auch jeder concrete behördliche Akt sich in irgend etwas von den übrigen unterscheidet, ist nicht zu

Parteien oder zunächst an untergebene Behörden richtet. Zu perhorresziren wäre nur die — derzeit wol allgemein aufgegebene — Terminologie Stein's, welcher in der Verordnung alle Staatstätigkeit erblickt, die sich mit subjektiven Rechtsverhältnissen befasst und nicht Gesetz ist, wobei Stein andere „Verordnungen" als jene, welche vom Minister selbst ausgehen, nicht kennt. In letzterer Beziehung ist insbesondere zu bemerken, dass der Namen und die Stellung der Behörde auf den Charakter ihrer amtlichen Funktionen überhaupt und auf den der Verordnungen insbesondere ohne allen Einfluss ist. Verordnungen können von allen amtlichen Instanzen, von der Krone, von Gerichten, vom Minister und den untergeordneten politischen Behörden, von den Gemeindevertretungen und -Behörden, sowie von allen autonomen Verwaltungskörpern inbegrifflich der Vereine mit obrigkeitlicher Gewalt, wie der Wassergenossenschaften, der Börsen, der Handelskammern u. s. w., ausgehen. Das relevante Moment ist einzig die Normirung eines abstrakten Tatbestandes auf Grund einer Delegation des Gesetzes, innerhalb deren das subjektive Ermessen der Behörde massgebend ist.[5a]) Die Verordnung schafft daher weder, noch ändert oder vernichtet sie conkrete Rechtsverhältnisse, sie schafft lediglich abstrakte Rechtsnormen.

Die zweite Möglichkeit, die von der Rechtsordnung gewollten rechtlichen Wirkungen hervorzurufen, ist die Regelung eines conkreten Tatbestandes.

Bildet die Gesammtheit einer Reihe von Tatbeständen, nach gewissen identischen Merkmalen zusammengefasst, die gedachte Voraussetzung, unter welcher die abstrakte Rechtsnorm wirksam werden soll, so ist der wirkliche Eintritt eines unter die abstrakte Tatbestandseinheit fallenden tatsächlichen Ereignisses oder Zustandes der conkrete Tatbestand.

Die Rechtsordnung kann nun ihre Organe in zweifacher Weise zur Einflussname auf den conkreten Tatbestand verhalten: entweder, indem sie ihre logische Tätigkeit oder, indem sie ihre Willenstätigkeit in Anspruch nimmt. Wie die geistige Arbeit jedes Menschen sich in

---

bezweifeln; von dem abstrakt gesetzten Tatbestand darf sich aber der in der Verfügung geregelte nicht unterscheiden, sonst stünde er ausserhalb der abstrakten Norm, wäre rechtswidrig. Nur das Gesetz ist an abstrakte Normen nicht gebunden, kann daher einen Tatbestand als einen individuellen regeln. Andernfalls ginge der Begriff des „Conkreten" in dem des „Individuellen" auf.

[5a]) v. Kirchenheim a. a. O. S. 32: „Alle Einteilungen der Verordnungen haben juristisch keine Bedeutung."

eine urteilende und in eine handelnde scheidet, so auch die der Administration. Zwar lässt sich zwischen diesen beiden Formen geistiger Tätigkeit keine mathematische Grenzlinie ziehen, wie bei jeder systematischen Einteilung, „da alles Gewordene aus einer Reihe im engen „Zusammenhange stehender und in einander continuirlich übergehender „Erscheinungen besteht, welche keinen Raum bieten für zwischen sie „hineinzuschlagende scharf scheidende Grenzpflöcke“.[6]) So ist denn auch das Aussprechen des Urteils (und dieses allein ist für das Rechtsleben von Wert) eine Handlung und jede Handlung beruht auf einem Urteil, auf der Berechnung ihres Erfolges, welche das Motiv der Handlung bildet.

Allein gleichwol ist zwischen beiden Formen geistiger Tätigkeit ein intensiver Unterschied. Im ersteren Falle lassen wir lediglich unser Denkvermögen walten, im zweiten handeln wir, um einen vorbedachten Zweck zu erreichen. Das Schliessen, als logische Funktion, hat keinen Zweck; es ist eine Lebensäusserung, die mit unserem Bewusstsein unzertrennlich ist, die Causalität, in deren Formen unser Denken vor sich geht. Das Handeln dagegen hat den Zweck, in der Aussenwelt Veränderungen hervorzurufen. Das berechnete Hervorbringen einer solchen Veränderung ist eben eine „Handlung“. Jede Handlung hat daher einen äusseren Zweck, um dessentwillen sie gesetzt wird; wie es keine Wirkung ohne Ursache, keine Folge ohne Grund, so gibt es keine Handlung ohne zureichendes Motiv, denn Causalität beherrscht unsere ganze „Individuation“.

Demgemäss muss auch die Behörde, welche einen conkreten Tatbestand zum Objekt ihrer geistigen Tätigkeit macht, entweder einen Schluss ziehen oder sie muss ihre Tätigkeit zur unmittelbaren Ursache von Veränderungen in der Aussenwelt machen, und hienach teilen sich die denkbaren Formen ihrer Tätigkeit in Urteile im weiteren Sinne und in Verfügungen.

I. Die Urteile sind zunächst solche, welche einen rein tatsächlichen Vorgang beinhalten, z. B. das Urteil: am 16. September 1885 hat es geregnet; oder A ist bisher noch nicht bestraft worden, B ist in X geboren worden u. s. w.

Spricht nun die Behörde ein solches Urteil über lediglich tatsächliche Ereignisse oder Zustände der Aussenwelt aus, so gewährt sie eine Beurkundung.

Es gibt aber noch eine zweite und dem Rechtsleben eigentümliche

---

[6]) Burckhard a. a. O. S. 155.

Art von Urteilen, welche die eben genannten an Häufigkeit und Wichtigkeit weitaus übertrifft.

Der bei Erlassung einer Rechtsnorm gewollte Erfolg kann nur dadurch erreicht werden, dass die Normunterworfenen ihre Handlungen den Befelen der Rechtsordnung gemäss einrichten. Dieser Vorgang setzt stets ein Urteil darüber voraus, ob ein conkreter Tatbestand unter jenen abstrakten Tatbestand falle, den die Rechtsordnung als Prämisse des Lebendigwerdens des Rechtsimperatives gesetzt hat. Es ist nur ein ganz kleiner Bruchteil solcher Urteile, der von behördlichen Organen im Auftrag des Staates gefällt wird; nicht in der Art des Schlusses, sondern nur in den rechtlichen Wirkungen sind derartige Urteile der Behörden von denen jedes Einzelnen verschieden und es wäre daher verwunderlich, wenn die Administration solche Urteile nicht fällen würde; es geschieht diess sogar sehr häufig und mit der dem Verwaltungsrecht charakteristischen Eigentümlichkeit, dass es da gewisse öffentliche Einrichtungen gibt, die ohne ein vorhergegangenes Urteil dieser Art nicht ins Leben treten können.

Die Schlüsse also, mit welchen ausgesprochen wird, dass ein conkreter Tatbestand den Anwendungsfall einer abstrakten Rechtsnorm bildet, sind die zweite Form der Urteile, welche von Behörden ausgehen können. Die technischen Ausdrücke für dieselben sind, insoferne sie von Gerichten ausgehen, „Urteile“ im engeren Sinne, insoferne sie von Verwaltungsbehörden ausgehen, „Entscheidungen“.

Beurkundungen und Entscheidungen sind also die beiden Formen, in welchen die urteilende Funktion der behördlichen Tätigkeit sich verwirklicht. Erstere enthalten ein logisches Urteil über tatsächliche Ereignisse oder Zustände, letztere Schlüsse des Inhalts, dass ein Tatbestand den Anwendungsfall einer Rechtsnorm bilde.

Zwischen beiden sind allerdings wiederum mathematische Grenzlinien nicht zu ziehen, der begriffliche Unterschied derselben kann sich ebenso verwischen, wie der Unterschied zwischen Tat- und Rechtsfrage überhaupt; denn es gibt causale Beziehungen zwischen tatsächlichen Ereignissen oder Zuständen und Rechtsnormen, die im praktischen Leben so geläufig sind, dass die Denktätigkeit mit ihnen, wie mit wirklichen Tatsachen zu rechnen pflegt. Mit je grösserer Geübtheit und Sicherheit der Schluss über die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm vor sich geht, desto mehr erscheint er uns als tatsächliche Behauptung; denn das Unbezweifelbare ist einer besonderen Prüfung nicht bedürftig. Je zweifelhafter und fraglicher aber jener Causalzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsnorm ist, desto mehr wird es erforderlich, dass derselbe durch die mit staatlicher Autorität beklei-

deten amtlichen Organe zum formellen Ausdruck gebracht werde. Auch bei der Beurkundung kann ein Zusammenhang zwischen dem beurkundeten Tatbestand und einer Rechtsnorm stattfinden; er ist aber nicht Gegenstand der behördlichen Emanation, entweder weil er selbstverständlich ist oder weil die Beurkundung zunächst Zwecken dient, die nicht rechtlicher Natur sind. Geburt und Tod, Eheschliessung, Geschlecht, Armut, Hilfsbedürftigkeit sind gewiss tatsächliche Ereignisse oder Zustände. Daher wird in der Regel das Urteil über das Vorhandensein derselben in Form der Beurkundung ergehen. Alle eben erwähnten Begriffe sind jedoch auch Rechtsbegriffe, wenn die betreffenden Tatsachen als Erzeugerinnen von Rechtsnormen gedacht werden. Diese Rechtsnormen sind freilich in der Regel so gleichartig und allgemein, dass es gar nicht zum Bewusstsein kommt, wie man mit jedem der obigen Ausdrücke zugleich einen ganzen Complex von Rechtsverhältnissen bezeichnet. Es können aber gewiss Fälle vorkommen, wo dieser Causalzusammenhang sehr zweifelhaft wird und dann ist es Sache der Entscheidung, denselben festzustellen. Wäre umgekehrt die Frage, ob Jemand einen Diebstal begangen hat oder ob ein Testament giltig sei, mit solcher Leichtigkeit und allgemein wirkender Sicherheit zu lösen, wie in der weitaus überwiegenden Mehrzal der Fälle die Frage, ob Jemand geboren, gestorben, männlichen oder weiblichen Geschlechtes sei u. s. w., so liesse sich gewiss Nichts dagegen einwenden, wenn der Diebstal und die Giltigkeit des Testamentes in Form einer Beurkundung ausgesprochen würde. Ein objektiv sicheres Kriterium des Unterschiedes zwischen Beurkundung und Entscheidung lässt sich daher nicht geben; ein solches ist aber auch nicht erforderlich. Denn darüber, ob in einer behördlichen Emanation blos ein Urteil über tatsächliche Vorgänge oder ein solches über die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm auf Tatsachen zu finden sei, geben, wenn ein Zweifel herrschen sollte, andere Umstände, aus welchen sich auf die Absicht der Behörde mit Sicherheit schliessen lässt, genügenden Aufschluss, so die Art des Verfahrens, die äussere Form des obrigkeitlichen Aktes vor Allem aber die Competenz der Behörde, wol auch der äussere Zweck, für welchen die Tätigkeit derselben in Anspruch genommen wird.

II. Im Gegensatz zu den eben besprochenen Formen behördlicher Tätigkeit, in welchen die Urteilskraft zum Ausdruck kommt, steht die beabsichtigte Hervorbringung äusserer Wirkungen, um einen von der Rechtsordnung in abstracto vorgezeichneten Erfolg zu erzielen: die Verfügung.[7] Die Mittel, deren sich eine Behörde bedienen kann, um

---

[7]) Der Ausdruck „Verfügung“ ist derjenige, welcher im gewöhnlichen

einen äusseren Erfolg zu erzielen, sind verschieden, je nachdem die Rechtsordnung der Tätigkeit eines Dritten bedarf, um die beabsichtigte

---

Leben und auch in der Literatur am wenigsten in einem spezifisch-technischen Sinn gebraucht wird. G. Meyer nennt beispielsweise sogar das Individual-Gesetz eine Verfügung, was doch wol auf einer Verwechselung der Begriffe „conkret“ und „individuell“ (Note 5) beruht. Gareis (a. a. O. S. 184) unterscheidet „specielle“ und „generelle“ Verfügungen, welch letzteres nach meiner Terminologie eine contradictio in adjecto ist. Rosin a. a. O. S. 8; G. Meyer St. R. S. 452, V. R. S. 27; Stengel a. a. O. S. 28; Löning a. a. O. S. 242 anerkennen, dass nebst Befelen auch constitutive Akte unter die Verfügungen zu zählen seien, rechnen aber auch Beurkundungen und Entscheidungen unter diesen Begriff. Ihering hat für das „conkrete Gebot“ keinen Ausdruck. Laband setzt die Verträge als zweiseitige den Verfügungen als einseitigen Rechtsgeschäften entgegen, versteht aber unter letzteren blos Befele. Offenbar ist es passender, alle privatrechtlichen Willenserklärungen (und nicht blos die Verträge) den obrigkeitlichen Akten gegenüber zu stellen. Über die Bezeichnung der behördlichen Aktionen als „Rechtsgeschäfte“ braucht wol nach dem was Störck in Grünhut's Ztschr. XII, S. 114 ff. ausgeführt hat, hier weiter kein Wort verloren zu werden. Consequent müssten auch richterliches Urteil und Gesetz Rechtsgeschäfte genannt werden, was sich zwar nicht hindern lässt, aber ein ziemlich harmloses Vergnügen bleiben dürfte.

Es sei übrigens hervorgehoben, dass alle Akte, durch welche Privatrechtsverhältnisse geschaffen werden, nicht unter die Verfügungen zu subsumiren sind, auch wenn sie von Behörden ausgehen; dieselben haben die bezüglichen für's Privatrecht gebildeten Benennungen als Vertrag, Anerkennung, Anspruchserhebung u. dgl. auch in diesem Falle zu behalten. Ein Bedürfnis nach einem gemeinsamen Ausdruck für diese Kategorie behördlicher Tätigkeit besteht wol kaum.

Es sprechen übrigens schon etymologische Gründe dafür, „Beurkundungen“ und „Entscheidungen“ nicht unter die „Verfügungen“ zu subsumiren. Denn mit dem Worte „fügen“ ist stets die Vorstellung einer Aktion verknüpft, während man von „entscheiden“ spricht, auch wo die Aussenwelt von unserer Denktätigkeit Nichts erfährt. Eine „Verfügung“ lässt sich ohne äussere Handlung nicht denken, wol aber die Entscheidung. Sinne ich darüber nach, ob mein Diener mich bestolen hat, so kann ich mich auf Grund der vorliegenden Indizien dafür „entscheiden“, dass er gestolen hat, ohne dass ich Jemandem davon Etwas mitteile. Ich kann aber keine „Verfügung“ treffen, ohne dass ich eine Handlung setze oder beabsichtige; ja „Handeln“ und „Verfügen“ wird oft als gleichbedeutend gebraucht. Wer mit Hab und Gut Veränderungen vornimmt, „verfügt“ damit; selbst wer „letztwillige Verfügungen“ trifft, beabsichtigt dadurch Veränderungen bestimmter Art nach seinem Tode hervorzurufen. Wer dagegen entscheidet, wählt zwischen mehreren Schlüssen. Allerdings geht auch jeder Handlung ein derartiges Wählen voraus; der Entschluss und die Handlung fallen aber sowol begrifflich als zeitlich auseinander: die „Entscheidung“ in diesem Sinne bildet das Motiv der letzteren. Ungerechtfertigt ist es daher, von einer „Entscheidung“ nur dann zu sprechen, wenn zwei Andere mir gegen-

tatsächliche Wirkung zu erreichen, oder diese Wirkung ohne Beihilfe eines Dritten schon vermöge der sich an den Akt selbst knüpfenden behördlichen Tätigkeit oder Untätigkeit entsteht. Verfügungen der ersten Art sind conkrete Befele, Gebote und Verbote, solche der letzteren Art heissen constitutive Verfügungen, und zwar je nach ihren Zwecken rechtschaffende, -ändernde oder -vernichtende Verfügungen. So sehr sich beide Arten von Verfügungen äusserlich zu unterscheiden pflegen, stehen sie doch in systematischer Beziehung völlig auf einer Stufe: immer ist es ein äusserer Erfolg, um dessen willen die Verfügung erlassen wird, nur wird das einemal dieser Erfolg erst durch ein Zwischenglied — die Handlung des Dritten — hervorgerufen, das anderemal bedarf es eines solchen Mittels nicht. In der Tat sind auch die Unterschiede zwischen diesen beiden Formen der Verfügung äusserlicher Natur; denn sieht man genauer zu, so findet man, dass es keinen Befel gebe, der nicht irgend ein Rechtsverhältnis neu entstehen liesse, und dass kein constitutiver Akt denkbar sei, der die gewünschte Wirkung ohne Imperative hervorbringen könnte. Denn es gibt kein Rechtsverhältnis ohne die seine Verwirklichung garantirenden Imperative und keine Rechtsnorm, die nicht bei Hinzutritt eines conkreten Tatbestandes ein Rechtsverhältnis hervorrufen würde.

Demgemäss ist der Unterschied zwischen Befelen und constitutiven Verfügungen gleichfalls nicht mathematisch scharf zu fixiren; massgebend ist, ob die Behörde zunächst Befele an Dritte richtet oder ob sie zunächst überhaupt nicht befiehlt, sondern Ermächtigungen gewährt, Rechte entzieht u. s. w. In der Regel wird der Unterschied beider Arten von Verfügungen in die Augen fallen, und zwar desto mehr, je grösser der Kreis der aus dem Befele Vorteilziehenden, oder derjenigen ist, welche durch die an den constitutiven Akt sich knüpfenden Imperative gebunden werden.

---

über widerstreitende Urteile aufstellen und ich zwischen beiden zu wählen habe: wenn ich überlege, ob ich nach Mödling fahren oder daheim bleiben soll, so muss ich mich ebenso für das Eine oder das Andere „entscheiden“ wie der Richter, dem A die Behauptung vorbringt, Z sei ihm 100 schuldig, während Z das Gegenteil verteidigt.

Noch ungereimter ist es gewiss, die „Beurkundung“ unter die Verfügungen zu rechnen. Offenbar liegt dem eine Verwechselung der Begriffe „Inhalt der Beurkundung“ und „Vorname der Beurkundung“ zu Grunde. Man kann zwar eine Beurkundung verfügen (z. B. Jemandem anbefelen), aber Nichts mit der Beurkundung verfügen. Das Aussprechen der Beurkundung oder ihre schriftliche Hinausgabe ist freilich eine Handlung, wie bei der Entscheidung; der Denkprozess aber, der die Beurkundung oder Entscheidung ausmacht, ist keine Handlung, pflegt wenigstens nicht so genannt zu werden.

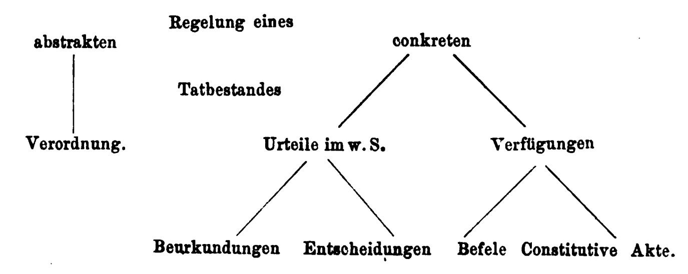
Jedermann erblickt in dem Befel, sich zur Kriegsdienstleistung zu stellen, eine Steuer zu zalen, eine polizeiwidrige Anlage zu beseitigen, einen Ort nicht zu betreten, in einem Ort einzutreffen u. s. w. nur einen Befel und mit Recht, denn es ist die Gesammtheit aller übrigen Rechtssubjekte, welche aus diesen Befelen Rechte erwirbt und diese Gesammtheit tritt dem Verpflichteten nicht in Person entgegen, sondern durch eben die Behörde, welche befiehlt.

Andererseits wird man gewiss in der Verfügung, womit Jemandem das Recht zum Tragen einer Waffe, zur Jagd, Fischerei, zur Ausübung eines Gewerbes erteilt oder womit der Adel verliehen, eine juristische Persönlichkeit geschaffen oder aufgelöst, eine Strasse zur Landesstrasse erklärt, ein Ort zur Stadt erhoben, ein Jagdpachtvertrag genehmigt, eine Gemeinde geteilt wird u. s. w., nur einen constitutiven Akt erblicken. Denn die conkreten Befele, welche sich an diese Verfügungen knüpfen, adressiren sich an die Gesammtheit aller übrigen Rechtssubjekte, welche abermals durch die Behörde vertreten werden, so dass daraus zunächst Pflichten und Rechte der Behörden dem Berechtigten respektive Verpflichteten gegenüber entstehen, die dem Einzelnen nicht intensiv zum Bewusstsein kommen.

Dagegen gibt es allerdings Verfügungen, bei welchen der Kreis der zunächst Interessirten so enge ist, dass sich kaum bestimmen lässt, ob der Befel oder der constitutive Akt das Übergewicht besitzt. So begründet beispielsweise der Consens zu einem Wasserwerke einerseits das Recht des Bewerbers, das Wasser in einer bestimmten Weise zu benützen und zugleich die Pflicht der übrigen Wassernutzungsberechtigten, denselben in der Ausübung seines Rechtes nicht zu hindern, andererseits die Pflicht des Consenswerbers die Rechte der übrigen Interessenten zu respektiren u. s. w.

Hiermit sind die möglichen Formen der administrativen Tätigkeit erschöpft.

Es ergibt sich daraus folgendes Schema:



Es ist durchaus notwendig, die im praktischen Leben vorkommenden administrativen Akte in diese Formen zu zerlegen, wenn man über ihre rechtlichen Wirkungen klar werden will; denn das vorstehende Schema gibt eben einfache Formen, gewissermassen juristische Einheiten, die in der mannigfaltigsten Art combinirt werden können und gerade diese Combinationen sind es, welche der juristischen Analyse den meisten Stoff und die meisten Schwierigkeiten bieten. Die nachfolgenden Erörterungen verfolgen den Zweck, an der Hand dieser Analyse den Begriff der Rechtsprechung zu fixiren.

## Literatur.

### § 2.

Bevor wir in die Prüfung des Begriffs der Rechtsprechung selbst eingehen, ist es angezeigt, die Ansichten zu überblicken, welche über selben in der einschlägigen Literatur niedergelegt sind.

Die ältere Literatur steht von vorneherein auf einem verfehlten Standpunkte, indem sie die Begriffe „Rechtsprechung“ und „Rechtspflege“ („Justiz“) identifizirt. Ihr bilden die Begriffe „Verwaltung“ und „Justiz“ Gegensätze; dort wird nach Grundsätzen der Zweckmässigkeit, hier nach Rechtsgrundsätzen vorgegangen. Die Verwaltung „verfügt im Interesse des Gemeinwoles, die Justiz entscheidet über „Verletzung von Privatrechten“. Diese Ansicht ist genau besehen nichts Anderes als ein Ausdruck des Prinzips, das man mit dem Worte „Polizeistaat“ zu bezeichnen pflegt. Auch die hervorragenderen Vertreter dieser älteren Richtung, wie Berg, Mohl, Mittermaier, Pfeiffer gehen im Grunde von der Ansicht aus, dass die Behörden in allen Verwaltungssachen nach ihrem freien Ermessen schalten können; denn wo ein bestimmtes subjektives Recht durch ihre Tätigkeit verletzt wird, liegt bereits eine „Justizsache“ vor; die Begriffe „subjektives Recht“ und „Privatrecht“ sind dann identisch. Der daraus resultirende Gegensatz zwischen „Verwaltung“ und „Justiz“ bleibt auch für die Neueren massgebend, die dem Ausdruck „Justiz“ allgemach den theoretisch vertieften der „Rechtsprechung“ substituiren.

Nach Zachariae (Deutsches Staats- und Bundesrecht II, S. 86, 90 ff., 107—110) „bleibt nur die Alternative: entweder es wird nach Rücksichten der Zweckmässigkeit (des Staatswols) verwaltet oder es wird nach Grundsätzen des Rechtes gerichtet und Recht gesprochen“; „es ist widersinnig nach Rechtsgrundsätzen verwalten zu „wollen.“ Im gleichen Sinne spricht sich Zachariae in Grünhuts Ztschr. II, S. 460 aus. Auch Schmitt (Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege S. 119) nennt „richten“ und „verwalten“ „völlig heterogene

Staatsfunktionen". Schon Stahl (Staatslehre § 173) bemerkte: „Wo „die innere Absicht allein die Gerechtigkeit ist, da ist das Bereich der „Gerichte; die Polizei hingegen ist die Offenbarung der Weisheit des „Staates, wo die sittliche Autorität des Souveräns, wenngleich mit Be- „obachtung der Gerechtigkeit zur Geltung gelangt. Für die Recht- „sprechung ist das Gesetz Zweck, für die Verwaltung Schranke."

Stahl folgert bekanntlich aus dieser „sittlichen Autorität des Souveräns", der angeblich selbst verwalte, die Unzulässigkeit der Judikatur über die von der Verwaltung begangenen Rechtsverletzungen durch ausserhalb der Verwaltung stehende Behörden.

Bähr (Der Rechtsstaat) tritt ihm zwar gerade in diesem Punkte entgegen, gerät aber, um seine eigene Ansicht zu rechtfertigen, ins entgegengesetzte Extrem. Nach ihm ist das Kriterium des Rechtsstaates die Organisation einer Rechtsprechung über die Rechtsverletzungen der Verwaltung. In einem Staate, wo eine solche Rechtsprechung nicht besteht, ist die Verwaltung an Rechtsnormen überhaupt nicht gebunden (S. 52, 53, 88, 103, 108, 109). Consequent ist auch im Rechtsstaat die Verwaltung in Sachen des sogenannten „freien" Ermessens wirklich „frei", durch keine Rechtsnorm gebunden.

Seit Bähr fing man an die Begriffe „Rechtsprechung" und „Judikatur über Rechtsverletzungen" völlig zu identifiziren. Das Bedürfnis der Zeit brachte diess mit sich; man frug eigentlich nicht mehr: kann die Verwaltung Recht sprechen? sondern nur mehr: wie und von wem soll über die Rechtsverletzungen der Verwaltung judizirt werden?

Es ist bekannt, welche Beantwortung diese Frage in den Meisterwerken Stein's gefunden hat. Rechtsprechung kann nur sein, was von unabhängigen Gerichten geübt wird; von diesen muss daher über die von der Verwaltung begangenen Rechtsverletzungen judizirt werden; darin allein besteht die Rechtsprechung im öffentlichen Recht.

Diesen Ideen folgt auch Schmitt (Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege): „Nur wer unparteiisch einen Streit entscheidet, übt „Rechtsprechung; wie könnte diess die Verwaltung, da sie selbst „Geklagter und Richter wäre?"

Damit haben wir die streitentscheidende, unparteiische Judikatur über Rechtsverletzungen als Kriterium der Rechtsprechung. Die folgenden bleiben dabei stehen.

„Weil der Richter nur verletzte subjektive Rechte wieder herzu- „stellen hat," sagt B. v. Bismark (in Hartmann's Ztschr. f. d. öff. R. 1879, S. 572), „so folgt daraus (daraus allerdings!) dass er nur auf „Anrufen des Verletzten in Tätigkeit treten darf; dann, dass notwendig

„seiner Anordnung entweder ein wirklicher Streit oder doch die Fest-„stellung vorausgehen muss, dass kein Streit obwalte.“ Andererseits anerkennt derselbe Autor, es gebe auch einen Streit um Interessen vor der Behörde, und es könne zweckdienlich sein, denselben in den Formen des Rechtstreites abspinnen zu lassen. Dagegen später: „Ein Rechts-„streit entsteht, wenn der Einzelne behauptet, dass die Behörde un-„befugt in seine Rechtssphäre eingegriffen habe.“

Im gleichen Sinne sagt G. Pfizer (Die Reform der Verwaltungsrechtspflege 1873): „Zur Verwaltungsrechtspflege ist nur erforderlich „ein subjektives Interesse und Rechtswidrigkeit der Verfügung“. Dagegen wieder: „Soweit im Staat Rechtspflege möglich ist, darf nirgend „die Verwaltung Recht sprechen, muss überall der Verwaltung Recht „gesprochen werden.“ Wie sich hienach der Verfasser die „Verwaltungsrechtspflege“ denkt, ist mir und auch Anderen (vergl. Sarwey, Das öffentliche Recht S. 131) unverständlich geblieben.

Auch Braunbehrens (Betrachtungen über die Verwaltungsrechtspflege in Preussen S. 1) sagt: „Rechtsprechen ist der alleinige und „ausschliessliche Beruf des Richters“. Ebenso v. Stengel (Die Organisation der preussischen Verwaltung S. 6).

Dagegen findet Bluntschli (Allg. Staatsrecht, 1876. II. S. 346 ff.) es müssten „zwei Parteien sich gegenüberstehen, deren Rechtsbehaup-„tungen einander widerstreiten und die in der Lage seien, einen Prozess „mit einander durchzuführen“. Ähnlich und ausführlicher in Pözl's Vierteljahrsschrift, 1864, VI. S. 257—291.

Von den österreichischen Schriftstellern ist zu erwähnen Grünwald (Der österr. Verwaltungsgerichtshof, 1875, S. 12): „Die ganze „Tätigkeit unserer Verwaltungsbehörden in Beurteilung von admini-„strativen Streitigkeiten kann eben nicht als ordentliche Judikatur auf-„gefasst werden, weil doch jede ordentliche Judikatur vor Allem als „conditio sine qua non voraussetzt, dass der Richtende in der Sache „nicht selbst befangen sei. Was die Regierungsmotive (zum Gesetz-„entwurf über den österr. Verwaltungsgerichtshof) administrative Judi-„katur der Verwaltung nennen, ist absolut nichts Anderes, als die „eigene administrative Prüfung einer gegen sie erhobenen Beschwerde. „Die Regierungsmotive verwechseln Entscheidung der Behörde mit „einem richterlichen Urteil.“

Ein Aufsatz in den Juristischen Blättern (1873, No. 8) findet das Kriterium der Verwaltungsjustizsache darin, dass hier der Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen durch ein Organ der öffentlichen Gewalt geschehe, bei einer Civilsache hingegen durch den Einzelnen;

Pann (Die Verwaltungsjustiz) findet desgleichen das unterscheidende Merkmal darin, dass hier nur der Staat oder eine autonome Körperschaft in Vertretung öffentlicher Interessen pars litis sein kann; jedenfalls sei aber zum Entstehen einer administrativen Streitsache eine Rechtsverletzung Seitens der Verwaltung erforderlich (S. 6 u. 10). Ulbrich (Über öffentliche Rechte etc., S. 79): „Dieselben Behörden, „welche die Interessen der Gesammtheit den Einzelnen gegenüber ver„treten, sollen auch über die Grenzen dieser Rechte endgiltig ent„scheiden, somit Richter in eigener Sache sein — hierin liegt ein „Widerspruch."

In diesem Sinne hat dann Ulbrich in seinem „österreichischen Staatsrecht", wiewol er sich direkt über die Frage, ob und inwiefern Rechtsprechung und Verwaltung identisch werden können nicht ausspricht, eine „richterliche Tätigkeit der Verwaltungsbehörden" (§ 168) unterschieden, zu welcher er die Verwaltungsstrafjustiz und das Gebiet der „administrativ-contentiösen Sachen" rechnet. Unter diesen letzteren versteht er jedoch nur Verwaltungsstrafsachen und gewisse nach singulären Normen zur Verwaltung ressortirende Privatrechtsverhältnisse. In den „Grundzügen des österreichischen Verwaltungsrechts" nennt Ulbrich diese beiden Categorien „Justizgeschäfte der Verwaltungsbehörden". In letzterer Schrift bemerkt Ulbrich (S. 70): man verstehe „unter Verwaltungsgerichtsbarkeit die von „besonderen Causalgerichten geübte Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen". Das österreichische System lasse die bisherige „Jurisdiktion der Verwaltungsbehörden bestehen". In § 38 umschreibt Ulbrich die „Rechtspflege" im „öffentlichen Recht" als Schutz gegen die Gesetzwidrigkeiten der Verwaltung. Worin besteht also dann die „Jurisdiktion" der Verwaltungsbehörden? Und wie unterscheidet sie sich von der übrigen Verwaltung? Gerade über diesen Cardinalpunkt gibt auch Ulbrich's Darstellung keine Aufklärung; das Auskunftsmittel, die Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden „Jurisdiktion" zu nennen und diesen Begriff dann undefinirt bei Seite liegen zu lassen, bedarf wol keiner Kritik.

Consequenter ist sicherlich der Vorgang Samitsch' (Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege II, S. 151), der geradezu erklärt, dass in Oesterreich die Verwaltungsrechtspflege erst vor dem Verwaltungsgerichtshofe beginne. Ähnlich auch die kurze eilige Bemerkung bei Gumplovics (Verwaltungslehre S. 34).

Von allen diesen Schriftstellern, denen noch eine grössere Anzal anderer anzuschliessen wäre, gilt was Gneist in seiner Schrift „Der „Rechtsstaat" S. 154 bemerkt: „Man brachte alle Rechtsmittel des

„öffentlichen Rechtes auf den Leisten der actio, des gewöhnlichen „Processverfarens und Instanzenzuges. Die streitige Verwaltungs- „frage sollte wie eine Collision von Recht und Gegenrecht zwischen „einem Kläger und Beklagten entschieden werden. Unverkennbar „waren dafür massgebend die täglichen Gewohnheiten des Civil- „richters. Den Beweis, dass diese Entscheidungen den gewöhnlichen „Gerichten gehören, machte man sich ziemlich leicht durch die Thesis, „dass die Gerichte über jede Verletzung eines 'Rechtes' zu entschei- „den hätten und dass es nur eine Justiz gebe." Ferner im Rechts- lexikon III, S. 1114[1]): „es liege diesen Ansichten eine civilrechtliche „Construction einer Verwaltungsrechtsprechung zu Grunde, in welcher „der Rechtsschutz des öffentlichen Rechts sich zu einem öffentlichen „Aktionenrecht gestalte, welchen die civilrechtliche Systematik unter „den Gesichtspunkt der Statusrechte oder der Beschränkungen des „Eigentums oder der Forderungsrechte zu bringen suchte."

Sarwey (Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege) will offenbar diesem Tadel entgehen, indem er neben der „Verwaltungs- rechtspflege" eine „Verwaltungsjurisdiktion" aufstellt. Ganz abgesehen davon, dass es, wie von Mehreren (Lemayer in Grünhut's Ztschr. VIII, S. 753; E. Löning in Schmoller's Jahrbuch V, S. 803; Anm.** Georg Meyer, Lehrb. d. D. Verw. R. S. 36, Anm.) bemerkt wurde, „schwer fällt, verschiedene Begriffe mit Ausdrücken zu verbinden, die sich nur dadurch unterscheiden, dass der eine deutsch, der andere la- teinisch ist", muss jene Begriffsaufstellung selbst als eine verfehlte be- zeichnet werden.

Verwaltungs-Jurisdiktion soll sein „die Bestimmung menschlicher Lebensverhältnisse mit für den Einzelnen bindender, zwangsweise zu vollstreckender Wirkung" (S. 2). „Verwaltungsrechtsprechung" sei ein Teil der Ersteren und unterscheide sich von derselben dadurch, dass dabei „ein im Streit befindliches Lebensverhältnis nach einer bestimmten Rechts- ordnung rein um der Wahrung des Rechtes willen geordnet werde" (S. 3).

Die Verwaltungsjurisdiktion habe die Natur der Rechtsprechung, „sobald ein Streit oder Widerspruch vorliegt", unterscheide sich aber von ihr durch den Zweck; Zweck der Rechtsprechung sei ausschliess- lich die Aufrechthaltung der Rechtsordnung; die Verwaltungsjuris- diktion könne diesen Zweck haben und sei alsdann Verwaltungsrecht- sprechung. Notwendig sei aber dieser Zweck in ihr nicht enthalten.

Diese Ansicht, wonach die „Aufrechthaltung der Rechtsordnung" als spezieller „Zweck" der Rechtsprechung deren Kriterium bilde, wird

[1]) Citirt nach der dritten Auflage.

zwar auch von Andern geteilt (vergl. z. B. Laband, Staatsrecht II, S. 215: Herm. Schulze, Preuss. Staatsrecht II, S. 277), ist aber, wie schon hier bemerkt werden muss, nicht haltbar. Denn „die Rechtsordnung aufrecht halten" heisst: ihre Normen erfüllen. Allerdings hat nun die Rechtsprechung, insoferne sie logische Schlüsse zum Ausdruck bringt, den Zweck Rechtsnormen zu befolgen. Allein denselben Zweck verfolgt, wie in § 4 ausgeführt werden soll, jede wie immer geartete Amtshandlung. Die logischen Schlüsse aber, welche den Akten der Rechtsprechung zu Grunde liegen, verfolgen überhaupt keinen „Zweck". Zweck ist das mir zum Bewusstsein gelangte Motiv meiner Handlungen. Ich kann mit einer Handlung etwas bezwecken, nicht aber mit einem logischen Schluss; wie ich diesen ziehe, das hängt nicht von meiner Willkür, sondern von der Beschaffenheit meiner Vernunft ab, die mit Notwendigkeit in mir fungirt, deren Tätigkeit ich durch keinen selbstgesetzten „Zweck" beeinflussen kann.[1a])

Noch verwirrter wird die Darstellung Sarwey's, indem derselbe später (S. 71 ff., 133, 135), von seiner eigenen Begriffsbestimmung abweichend, zum Begriff der Rechtsprechung im öffentlichen Recht die vorhergegangene Rechtsverletzung durch die Verwaltung erfordert. Der logische Sprung, den hier Sarwey macht, besteht darin, dass er aus dem unbestreitbaren Satz (S. 73): „Jede Judikatur über eine Rechtsverletzung ist Rechtsprechung", schliesst: „Jede Rechtsprechung ist Judikatur über eine Rechtsverletzung."

Folgerichtig muss dann bei Sarwey auch das Vorliegen eines „Streites" ein Requisit der Rechtsprechung sein (S. 55, 75, 79, 80), was wieder bedingt ist durch die m. E. schiefe Definition der Rechtsordnung (S. 50) als der „Aufhebung des Streites der Freiheit des Einen mit der Freiheit des Andern", die wol für das Gebiet des Privatrechts, nicht aber für das öffentliche Recht zutrifft.

---

[1a]) Augenscheinlich wird bei derlei Spekulationenüber den „Zweck" der Rechtsprechung zweierlei verwechselt: der logische Schluss und das Aussprechen desselben. Nicht der Schluss, sondern nur die Mitteilung desselben an die Aussenwelt, die hier in bestimmter Form geschieht, hat den Zweck, die „Rechtsordnung aufrecht zu erhalten"; denn die Emanation des Schlusses ist allerdings eine Handlung, die ihr zureichendes Motiv haben muss. Aber diese Handlung bringt etwas Fertiges mit auf die Welt: die logische Operation, welche sich schon vorher vollzogen haben muss und die eben so wenig „Zweck" hat, wie das Urteil, dass es kalt ist, dass es schneit, dass die Tugend eine sehr schöne Sache sei, dass ein gleichseitiges Dreieck drei gleiche Winkel habe u. s. w. Nicht wie wir denken, sondern dass wir einen Gedanken aussprechen, ist durch einen vorher berechneten äusseren Erfolg bedingt.

H. Schulze (Preuss. Staatsrecht II. S. 290) nennt gleichfalls die Judikatur über eine Rechtsverletzung „die erste Voraussetzung jeder richterlichen Tätigkeit“, sagt jedoch correcter S. 277: „Überall“ (aber nicht nur dort!) „wo der Staat handelt, um ein Recht gegen eine geschehene Rechtsverletzung zu verteidigen, liegt eine Rechtssache vor.“ Was ist aber das Kriterium der übrigen „Rechtssachen“?

In der Tat hat man nicht immer lediglich über die Frage, wer und wie man über die Rechtsverletzungen der Verwaltung zu judiziren habe, nachgedacht und die ganze Literatur, welche sich mit dem Suchen nach den Merkmalen der „Justiz-Sache“ beschäftigte, wäre in dieser Richtung erfolgreicher gewesen, wenn sie nicht über der Frage: „Gericht oder Verwaltungsbehörde?“ die Frage „Rechtsprechung oder Verwaltung“ so lange aus dem Auge verloren hätte. Indem man das Kriterium der Rechtsprechung zu finden trachtete, suchte man in der Tat nur nach einem aprioristischen Prinzip für die Competenzgrenzen. Und ein solches lässt sich nun einmal nicht finden. Erst Hermann Schulze (Preuss. St. Recht S. 276) hat diese zwei Fragen in seiner meisterhaften Weise geschieden. Bis dahin identifizirt man fortwährend „Rechtsprechung“ und „Justiz“ (richterliche Tätigkeit). Der deutsche Verfassungsentwurf von 1848 (§ 89) erklärt in diesem Sinne rund heraus: Alle Rechtsprechung ist Sache der Gerichte; alles was nicht Rechtsprechung ist, gehört der Verwaltung zu.

Damit setzte man sich jedoch mit einer literarischen Richtung in Widerspruch, die sich der Überzeugung nicht verschliessen konnte, dass auch die Verwaltung unter Umständen Recht spreche und Recht sprechen müsse. Schon Pfizer (Über die Grenzen zwischen der Verwaltung und der Civiljustiz, 1828) sagt: Die Verwaltung habe Recht zu sprechen, wenn es sich um öffentliche Rechte handelt. Weiler (Über die Grenzen zwischen Verwaltung und Justiz, 1830) anerkennt, dass die Verwaltung in streitigen Sachen des öffentlichen Rechtes „eine Art Richteramt“ ausübe. Funke (Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, 1838) erklärt an einigen Stellen geradezu „die Anwendung einer bestimmten Rechtsnorm“ „eines ganz bestimmten Gesetzes“ sei eine „Art von Justiz“ (S. 47, 49, 53, 63, 77, 140); eine Vergleichung der Wirksamkeit der Verwaltungs- und Justizbehörden führe dazu, dass „beide im Wesentlichen gleichartig seien“ (S. 124), welche Sätze freilich dem von Funke anderwärts (S. 63, 67, insbesondere 146) ausgesprochenen Satze widersprechen, dass „es nur eine Justiz gebe, die nur in den Händen der Justizbehörden ruhen könne“.

Noch präziser sagt F. F. Mayer (Grundsätze der Verwaltungsjustiz, 1862): „Das Amt der Verwaltung, die Natur ihrer Tätigkeit

„in dem, was in dieses rechtliche Gebiet fällt und einer speziellen „Regelung bedarf, ist diess, mit rechtlicher Wirkung für die „Einzelnen „und Körperschaften wie für den Staat sich zu bestimmen, Recht zu „sprechen...... „Mögen nun die Normen der Entscheidung wie die „Formen des Verfarens wechselnder und weniger objektiv bestimmt sein, „so treffen doch die wesentlichen Merkmale der Rechtsprechung auch hier „zu und ist insbesondere jede für eine Entscheidung zuständige Verwal- „tungsbehörde hierin eben dadurch selbständig und unabhängig in dem „Sinne, dass sie den einzelnen Fall nicht nach Weisung, sondern nach „rechtlicher Überzeugung gemäss den in gehöriger Form existiren- „den Rechtsquellen zu entscheiden hat. Diese Zuständigkeit der Ver- „waltungsbehörden in geordneter Instanzenfolge ist die der eigen- „tümlichen Natur der Verwaltungsrechtssache entsprechende staatliche „Rechtsanstalt; jenen steht die ordentliche Gerichtsbarkeit über die- „selben zu. Statt es als etwas Widersinniges zu erklären, dass 'nach „Rechtsgrundsätzen verwaltet werden soll', ist diess vielmehr im „Rechtsstaat die natürlichste und erste Anforderung an die Verwaltung“ (S. 39 und 40).

Allerdings schliesst F. F. Mayer daraus, dass es keine von der Verwaltung getrennte Judikatur über die Rechtsverletzungen der Verwaltung geben dürfe; allein dieser Schluss ergibt sich durchaus nicht aus den Prämissen Mayer's, und Sarwey hat Unrecht (a. a. O. S. 127), aus der unbestrittenen Unrichtigkeit dieses Schlusses auf die Unrichtigkeit jener Prämissen zu schliessen. Umgekehrt, die Schlussfolgerung ist falsch; die Prämissen sind richtig.

Hermann Rösler (Sociales Verwaltungsrecht, 1872) konnte daher die Frage, wie die Rechtscontrole über die Verwaltung zu organisiren sei, bei Seite lassen und gleichwol (S. 36) in der Verwaltung selbst deren rechtsprechende Funktion feststellen. Er meint sehr treffend, auch die Verwaltung bestehe in der Anwendung von Rechtsgrundsätzen; die Ausdrücke „Justiz“ und „Verwaltung“ seien auf den Gegensatz „Rechtsprechung in der Justiz“ und „Rechtsprechung in der Verwaltung“ zu beziehen und zwar hinsichtlich der Organe, der Objekte und der Entscheidungsnormen. Verfaren und Rechtsprechung über Gegenstände der Verwaltung nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechtes gehören vor die Verwaltungsbehörden; Verfaren und Rechtsprechung über Justizsachen nach den Grundsätzen des Civil- oder Strafrechts vor die Gerichte. Freilich werden die Ansichten Rösler's unklar durch seinen Begriff des „gesellschaftlichen Rechtes“, gegen den sich allseits mit Recht Widerspruch erhob (vergl. die kurze aber treffende Polemik dagegen bei Gumplovics, Verw.-Lehre S. 33); die

Normen, nach denen sich Volksinteressen zu Rechtsinstituten entwickeln (vgl. darüber Rösler in Grünhut's Ztschr. I, S. 184, 190, 191), sind keine Rechtsnormen, es gibt kein Verwaltungsorgan, das, wie Rösler (a. a. O. S. 191) behauptet, sein Recht anders woher als vom Staate ableiten könnte: die „Gesellschaft" ist unfähig „Recht" zu setzen.

Allein der Satz Rösler's: „Rechtsprechung" und „Verwaltung" sind keine Gegensätze; es gibt Rechtsprechung in der Verwaltung wie in der Justiz, ist unwiderleglich.

Frägt sich nur, wie sich die Rechtsprechung innerhalb der Verwaltung begrenze? Diessbezüglich erteilt uns Rösler (in Grünhut's Ztschr. I, S. 194) die Auskunft, dass jeder Verwaltungsakt, der an bestimmte Rechtsregeln gebunden sei, eine „rechtliche Entscheidung" sei, welche sich in die Erledigung „nicht streitiger", dann in die Erledigung „streitiger" Angelegenheiten und in die Verwaltungsstrafsachen teile. In den beiden letztgenannten Fällen liege „Verwaltungsgerichtsbarkeit" vor. Hienach gäbe es Fälle „rechtlicher Entscheidung" (die nicht streitigen Sachen, die nicht im diskretionären Ermessen liegen), die nicht unter den Begriff der „Verwaltungsgerichtsbarkeit" fallen.

Für das österreichische Recht findet Lemayer (in Grünhut's Ztschr. I, S. 743, 745, II, S. 492), dass die Verwaltungsbehörden in „Verwaltungsrechtssachen" eine „Gerichtsbarkeit" üben, das heisst, in jenen Fällen, in denen der Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof gehe, stehe denselben eine „judizielle Tätigkeit" zu. Zu einer „Gerichtsbarkeit" aber gehöre „Nichts als ein objektives Recht, aus dem sich ein subjektives Recht ableiten lasse, und ein Organismus von Behörden, vor welchen diess subjektive Recht zu verfolgen und von welchen es zu erteilen sei". Diess alles sei in Österreich schon vor Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes zugetroffen; in derlei Sachen hätte daher schon bisher eine „Verwaltungsgerichtsbarkeit" bestanden und diese könne den Behörden auch nicht genommen werden, während von anderer Seite (Schmitt in den Jur. Blättern 1873, Nr. 16, 17) gerade an dem österr. Entwurfe das getadelt wurde, dass den Verwaltungsbehörden die administrative Judikatur belassen werde.

Dagegen erklärt Lemayer neuestens (Drei Gutachten über die Reform des Administrativverfarens, 1884, S. 22) geradezu: „Die richterliche und die administrative Aufgabe stellt einen Gegensatz dar, wie er schlüssiger kaum mehr gedacht werden kann. Der Richter verwaltet nicht und die Verwaltung richtet nicht." Trotzdem sei die dictio juris bei den Verwaltungsgerichten dieselbe wie bei der Justiz über Privatrechte: „Subsumtion eines Tatbestandes unter die Regel des ob-

„jektiven Rechtes mit der Conklusion auf das subjektive Recht.“ Wollte man in der Bestimmung eines „gleichen Masses“ mit Gneist das Kriterium der „Verwaltungsjurisdiktion“ erblicken, so wäre fast die ganze Verwaltung „Jurisdiktion“.

Ich bin nicht im Stande, diese Äusserungen mit einander in Einklang zu bringen. Augenscheinlich ist es die Identifizirung der Ausdrücke „Verwaltungsjurisdiktion“, „Verwaltungsgerichtsbarkeit“, richterliche Tätigkeit“ und „Rechtsprechung“, welche diese Widersprüche verschuldet. „Verwaltung“ und „Richteramt“ sind meines Erachtens keine logischen Gegensätze. Sie sind, wie Schulze (a. a. O. S. 278 ff.) in überzeugender Weise dartut, überhaupt nicht bestimmend für die Natur der Angelegenheit, die dort oder da verhandelt wird. Wenn auch jede Entscheidung über eine Rechtsverletzung „Rechtsprechung“ sei, so folge daraus doch nicht, dass jede Rechtsprechung Sache des Gerichtes sei. Ja Schulze spricht (a. a. O. S. 280) nicht nur von Fällen, in welchen die Verwaltungsbehörden in gewissen Sachen des öffentlichen Rechtes, sondern selbst von solchen, wo autonome Körperschaften, wie das Parlament, wenn es über die Giltigkeit einer Wal, über das Vorliegen von Walausschliessungsgründen u. dgl. entscheidet, Recht zu sprechen haben. Andere Autoren, wie z. B. Georg Meyer (Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes S. 3) sagen in gleichem Sinne: „Jene Rechtsprechung, welche auf dem Ge- „biete der Verwaltung stattfindet, wird durch die Verwaltungs- „organe, entweder durch die gewöhnlichen Verwaltungsbehörden oder „durch besondere Verwaltungsgerichte ausgeübt. Den Gerichten ist „keineswegs die Ausübung der gesammten Rechtspflege zugewiesen, .... „andererseits beschränkt sich die Tätigkeit der Gerichte nicht auf die „Funktionen der Rechtsprechung, sondern umfasst auch die sogenannte „freiwillige Gerichtsbarkeit, welche aus Verwaltungshandlungen besteht.“ Und (S. 27): „Obrigkeitliche Verwaltungsakte sind Befele, Erlaub- „niserteilungen, Beurkundungen und diejenigen Akte, welche in Aus- „übung der der Verwaltung zustehenden Jurisdiktionsbefugnisse er- „lassen werden, die materiell den Charakter richterlicher Ver- „fügungen besitzen.“

A. v. Kirchenheim (Einführung in das Verwaltungsrecht, 1885) macht einen richtigen Ansatz, indem er (S. 2) sehr wol erkennt, dass nicht alle Rechtsprechung Sache der Gerichte sei. Es gebe Fälle dieser Art auf allen Gebieten, im Völkerrecht, bei Thronstreitigkeiten u. s. w.; so auch werde Rechtsprechung durch Verwaltungsbehörden geübt. Dagegen finden wir schon auf S. 6 eine Unklarheit, indem die Formen der Staatstätigkeit eingeteilt werden in 1) Aufstellung von Rechts-

sätzen (Gesetzgebung), 2) Anwendung auf „gegebene“ Verhältnisse (Rechtspflege), 3) Erledigung concreter Angelegenheiten (Verwaltung). 2) und 3) schliessen einander nicht aus; jede Anwendung eines Rechtssatzes auf gegebene Verhältnisse ist zugleich eine Erledigung einer concreten Angelegenheit. „Conkret“ und (für die Rechtsnorm) „Gegebensein“ ist geradezu identisch. v. Kirchenheim kehrt jedoch zur alten Schablone zurück, indem er im XII. Abschnitt die Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden, die er auf S. 2 anerkannt hat, gänzlich ignorirt und im Rechtsschutz gegen die Verwaltungsbehörden aufgehen lässt.[2]) Er findet (S. 95) daher Rechtsprechung in jeder Entscheidung der Verwaltungsbehörden, in der die „Übereinstimmung des Verhaltens der „Verwaltung mit dem öffentlichen Recht festgestellt wird“. Die Entscheidung der ersten Instanz wäre hiernach niemals, jene der Rekursinstanz immer Rechtsprechung. Beides ist gleich unrichtig.

Auch E. Löning (Lehrb. d. D. Verw. R., S. 244) sagt ausdrücklich, „dass streitige Ansprüche des öffentlichen Rechtes nur durch Ver- „fügung der Verwaltungsbehörden festgestellt werden können; soweit „diess geschieht, hat die Verfügung... denselben Inhalt, wie „ein gerichtliches Urteil....“

Diese Schriftsteller gehen also geradezu von dem Gedanken aus, dass die Begriffe, die Lemayer als Gegensätze bezeichnet, wie sie schlüssiger gar nicht gedacht werden können, sich teilweise decken.

Noch viel weiter geht Gneist und die ihm folgende Schule. Er frägt nicht so sehr nach der besten Organisation der Rechtsprechung, durch welche die von der Verwaltung begangenen Rechtsverletzungen beseitigt, sondern er richtet sein Augenmerk hauptsächlich auf solche Einrichtungen, durch welche diese Rechtsverletzungen verhindert werden sollen. Die Durchbildung eines dreifachen Controlsystems der administrativen, der parlamentarischen und der Rechtscontrole sei zwar höchst notwendig, allein Gneist wird nicht müde, in seinen verschiedenen Schriften darauf aufmerksam zu machen, dass man damit auf halbem Wege stehen bleibe. Sicherung der Unparteilichkeit, gleiches Mass für Alle, Unabhängigkeit nach Oben und Unten, darin lägen die Zielpunkte der Reform und er nimmt keinen Anstand, richterliche Spruchcollegien für alle Sachen zu empfelen, bei welchen diese Momente häufig in Frage kommen.

Und wie nun die Stein'sche Schule über dem Suchen nach der

---

[2]) S. 104: „Wo das Recht verletzt ist, da beginnt das Gebiet der „Verwaltungsrechtsprechung“. Merkwürdig: erst, wenn nicht Recht, sondern Unrecht gesprochen wurde, fängt hier die „Rechtsprechung“ an.

besten Organisation die Rechtscontrole der Verwaltung unwillkürlich nur in dieser Rechtsprechung zu finden glaubte, so sehen wir, dass umgekehrt Gneist eine Rechtsprechung überall dort behauptet, wo gleiches Mass unparteiisch und unabhängig gewährt werde. Allerdings spricht Gneist fast immer von „Jurisdiktion"; allein dieser hier offenbar dem englischen nachgebildete Sprachgebrauch kann denn doch keinen anderen Begriff zum Ausdruck bringen, als den der „Rechtsprechung". Wann Rechtsprechung, wann Verwaltung vorliege, das beantwortet sich nach Gneist's Wünschen nicht aus einem abstrakten Begriffsmerkmale gewisser Angelegenheiten, sondern darnach, ob Behörden judiziren, die jene Garantien bis zu einem relativ hohen Grade besitzen oder nicht.

Das kann aber nicht richtig sein. In gewissem Sinne hat Lemayer Recht, wenn er einmal (in Grünhut's Ztschr. VIII, S. 756) bemerkt: die Gneist'sche Formel der Verwaltungsjurisdiktion sei eine unwissenschaftliche. Denn es fehlt uns dabei an einem scharfen Kriterium der Rechtsprechung vollständig. Sind Unparteilichkeit und Unabhängigkeit jene Momente, die aus einer Verwaltungshandlung einen Akt der Rechtsprechung machen, so gäbe es eine Verwaltung nur, soweit dieselbe parteiisch ist. Es handelt sich übrigens Gneist bei seiner ausgesprochenen Abneigung gegen verwaltungsrechtliche Systematik gar nicht um eine genaue Begrenzung der Begriffe, sondern um die Untersuchung, wie am besten Willkürakte in der Verwaltung zu vermeiden seien. Dass die preussische Verwaltungsreform der letzten Jare die Einrichtungen, die diesen Zweck verfolgten, mit der „Rechtsprechung" und „richterlicher" Tätigkeit verquickte, daher „Gerichte" zur Vorname von Verwaltungshandlungen berief, wenn die Gefahr einer Parteilichkeit nahe lag, hat Gneist trotzdem nicht abgehalten, die gerichtlichen Allüren dieser Spruchbehörden als ziemlich überflüssig zu erklären. (Vergl. neuestens dessen „Englisches Verwaltungsrecht", 1883, I, S. 415.) Ja in den Verhandlungen des deutschen Juristentages (XII, S. 228) bemerkte Gneist direkt, „man habe der „Wiederherstellung älterer Rechtsinstitute den Namen Verwaltungs„gerichte gegeben, obschon mit Vermeidung des Namens vielleicht mancher „Streit unter den Juristen vermieden worden wäre." Und noch weitergehend behauptet Gneist (a. a. O. S. 232): „Die Ausübung der Staats„gewalt ist keine äusserlich mechanische Tätigkeit („Executive"), sondern „die Dekrete der Verwaltungsbehörden enthalten selbst ein Urteil da„rüber, ob die Anwendung sinngemäss dem Gesetz und Staatszweck ent„spricht. Die Verwaltungsdekretur ist insoferne schon an sich „Rechtsprechung." Eben deshalb heisse das Verwaltungsdecernat in

England mit Recht „jurisdiction". Und weiter S. 327: Der Juristenstand sei gewohnt in der Jurisdiction nur die römische Jurisdictiomit „Klage" zu sehen, nicht den weiteren canonischen Begriff der „Jurisdictio", welcher schon das selbständige Urteil der Behörde darüber, ob der obrigkeitliche Zwang innerhalb der sinngemässen Ausführung des Gesetzes liegt, als Rechtsprechung ansieht. Das contradiktorische Element sei dabei noch latent (?), während im Privatrecht das contradiktorische Element das prinzipale sei; die Ausscheidung einer „Verwaltungsklage" aus dem Kreise der Verwaltungsbeschwerde beruhe lediglich auf der Gewohnheit des contradiktorischen Verhandelns über Parteirechte. Das System „Rechtsprechung über Rechtsverletzungen" lasse uns gerade dort im Stiche, wo man es am nötigsten brauche, im Polizeirecht. (S. 328.)

Auch in Frankreich wurde die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsprechung zur Verwaltung vielfach besprochen und es zeigt sich bei den französischen Schriftstellern gerade dieselbe Zerfahrenheit der Ansichten, wie in Deutschland. Man streitet sich dort darüber, von wem eine „juridiction", ein „jugement" ausgehen könne und müsse, ohne sich irgendwie Rechenschaft darüber abzugeben, was man denn unter jenen Ausdrücken eigentlich zu verstehen habe. Da nun so ziemlich ein Jeder sich darunter etwas Anderes zu denken scheint, so ist ein befriedigendes Resultat nicht zu gewärtigen.

Den meisten französischen Schriftstellern gilt der Minister als „juge ordinaire du contentieux" in erster, der Conseil d'État als solcher in zweiter Instanz (so Ducrocq, Cours de droit administratif, 4. Aufl., S. 314; auch Dareste, La justice administrative, Aucoc, Conférences sur l'administration etc. u. A. m.); aber auch der conseil de préfecture wird als „juge d'attribution", d. h. als richterliche Behörde mit taxativ normirter Competenz betrachtet. Andere wieder nennen den Conseil de préfecture[3]) oder den Conseil d'État, noch Andere[4]) den préfét den „juge ordinaire" der ersten und den ministre den der zweiter Instanz, neben welchen übrigens hie und da auch noch der Souspréfet, der Maire, die Cour d'escomptes und verschiedene andere Collegien als „juges d'attribution" gelten.

Es findet sich aber auch die Ansicht, dass die agents de l'administration überhaupt nicht als „juges" betrachtet werden können

---

[3]) Diese Ansicht stützt sich auf die Motive zum Gesetz vom 28. Pluviose VIII und ein arrêté des Conseil d'État v. 6. Dezbr. 1813, welch letzteres in's Bulletin de lois inserirt wurde.

[4]) Z. B. Batbie, Précis du cours de droit public et administratif S. 176. Pradier-Fodéré; Précis de droit administratif (7. Ausg.) S. 677.

(Bouchené-Lefer, Principes et notions élémentaires etc.), wogegen zwar Batbie (a. a. O. S. 180) und Aucoc (a. a. O. S. 459) polemisiren, aber mit der augenscheinlich unzutreffenden Motivirung, dass nur der „juge" an Rechtsregeln gebunden sei. Dabei wird unterlassen zu definiren, was unter „juge", „jugement", „juridiction" zu verstehen sei. Häufig wird auch von der persönlichen Eigenschaft der obrigkeitlichen Person abgesehen und blos darnach gefragt, wann ein „jugement" vorliege. Allemal, sagen die Einen, wenn gegen den Akt Berufung an den Conseil d'État zulässig ist. Andere aber, und zwar gerade neuere Autoren, z. B. Aucoc a. a. O. S. 460 und Ducrocq in den späteren Auflagen seines Buches meinen: „Un jugement est une décision sur un litige „et pour qu'il y ait litige il faut deux parties en cause dont chacune „a des prétentions opposées", nehmen also das „Gegenüberstehen mehrerer „Parteien" als Merkmal des „jugement".

Aucoc geht noch etwas weiter; er macht den Versuch einer Unterscheidung der verschiedenen Tätigkeitsformen der Verwaltung und trennt einerseits die „jugements" von den actes de commandement injonction, autorisation, interdiction, andererseits von diesen die actes de gestion; freilich ohne diese Ausdrücke zu definiren.

Als Beispiel eines acte de gestion nennt Aucoc die Entscheidung eines Ministers, dass Jemand dem Staate aus einem Lieferungsgeschäft Etwas schulde; ein solcher Akt sei kein jugement, sondern ein acte de gestion, vergleichbar einem Notariatsakt (!). Er meint weiter, „dans les actes de commandement et de gestion nous ne voyons pas des actes de juridiction"; erst wenn durch einen solchen „acte" ein Recht verletzt wurde: „dans ce cas, il y a des juges" teils beim Gerichte, teils bei der Administration (Contentieux). „Quand les ministres statuent „sur une réclamation contre un acte qui a blessé un droit, ils font ce „que fait le conseil de préfecture, ce que fait le conseil d'État: c'est „un jugement prononçant sur un litige."

Dagegen sei die Anfechtbarkeit eines Aktes vor dem Conseil d'État ein äusserliches, willkürliches Merkmal und nicht geeignet das Vorhandensein eines „jugement" zu constatiren.[5])

Andere, wie Pradier-Fodéré, nehmen die Worte „jugement" und „décision" als gleichbedeutend, geben aber keine Begriffsbestimmung; noch Andere endlich, wie M. Serrigny (Traité de l'organisation et

---

[5]) Beispielsweise führt Aucoc an, dass über den Schadenersatzanspruch beim Verlust eines deklarirten Geldbriefes vom Minister (und in zweiter Instanz vom Conseil d'État) judizirt werde, bei deklarirten Geldbriefen vom Gerichte; es sei nicht abzusehen, wie man von einer verschiedenartigen Natur dieser Ansprüche reden könne.

de la compétence et de la procédure en matière cont. adm. III, S. 186) sagen mehr vorsichtig als deutlich, die Entscheidungen der Minister seien zwar keine „judiciaires“, aber sie hätten doch, da sie in Rechtskraft erwachsen, „une apparence, une couleur de jugement, qui a fait dire, que les ministres exerçaient en certains cas une juridiction.“ Und eine Entscheidung des Conseil d'État v. 16. Thermidor XII erklärt geradezu: „les administrateurs sont de véritables juges.“

Dieser Streit um die Begriffsbestimmung des „jugement“ ist keineswegs ein leerer Streit um Worte. E. Meier (in Holzendorffs Encyklopädie S. 1174) meint, die Aufstellung des Begriffes der „juges ordinaires“ sei lediglich „der etwas schwerfällige Ausdruck dafür, dass „gewisse Angelegenheiten, die zunächst von den Organen der ‚reinen‘ „Administration entschieden werden in der Oberinstanz Seitens des „Staatsrats eine verwaltungsrechtliche Behandlung erfahren“. Aber darüber, dass die Judikatur des Conseil d'État im Contentieux Rechtsprechung sei, ist man allseits einig; fraglich ist gerade, was in erster Instanz „reine“ Administration und was Rechtsprechung ist. Und diese Frage ist nicht nur de lege ferenda hinsichtlich der Organisation der Rechtsprechung und des Verfahrens dabei (unter welchem Gerichtspunkt man die Sache in Deutschland bisher ausschliesslich betrachtete). sondern auch de lege lata von grosser Bedeutung, weil sich an die Akte der Rechtsprechung gewisse spezifische Rechtswirkungen knüpfen, die den übrigen Administrativakten fehlen. Ducrocq hat daher Recht. wenn er sagt, diese Frage sei „une de plus graves controverses de droit“ (a. a. O. S. 314).

---

# Über das Verhältnis der römischen und canonischen Jurisdictio zur modernen Verwaltungsrechtsprechung.

## § 3.

Das römische Recht steht dem Begriff der Verwaltungsrechtsprechung nicht so fremd gegenüber als es für den ersten Blick scheinen mag. Zwar hat es keinen Ausdruck, der ganz den Begriff der „Rechtsprechung" deckt. Allein es ist doch von Interesse bei dem Sprachgebrauche der Römer zu verweilen, weil derselbe für das europäische Rechtsleben von massgebendem Einfluss geblieben ist.

Es bedarf kaum der Erwähnung, dass hier nicht der Ort ist, um erschöpfende Details über die einschlägigen Institute des römischen Rechtes zu geben. Nur einige Andeutungen mögen zu dem speziellen Zwecke gestattet sein, um die einseitige Auffassung der Verwaltungsrechtsprechung in der deutschen Literatur zu bekämpfen. Von Wert erscheint mir vor Allem die Tatsache, dass auch das römische Recht die Begriffe „Rechtsprechung" und richterliche Tätigkeit" nicht identifizirte. Am nächsten liegt für jenen Begriff der Ausdruck „officium jus dicentis". Denn „officium jus dicentis latissimum est, nam et bonorum possessionem dare potest et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare." (L. 1. D. 2. 1. de jurisd.) Aber die Strafgerichtspflege, die heute allseits zur Rechtsprechung zählt, gehört nach römischen Begriffen nicht zum officium jus dicentis, sondern zum „imperium merum" („.. habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines ... L. 3. D. h. t.).

Der Ausdruck „jurisdictio" dagegen, mit dem man das Wort „Rechtsprechung" zu übersetzen geneigt wäre, hat eine eigentümliche Bedeutung insoferne, als sich damit stets die Vorstellung einer obrigkeitlichen Gewalt verknüpft. Ursprünglich bedeutet „jurisdictio" nichts Anderes als die Mitwirkung des Magistrates bei gewissen solennen Rechtshandlungen der Parteien, also vor allem dem „lege agere". Hier

tritt aber die Aktion der Parteien in den Vordergrund und es macht daher keinen Unterschied, ob der Gegenstand des „lege agere“ ein Rechtsstreit oder ein Vertrag, z. B. eine „in jure cessio“ ist, zumal der Rechtstreit vor dem Magistrat ursprünglich Vertragscharakter besitzt, oder wenn man will, der Vertrag den Charakter eines Schein-Prozesses annimmt. Die magistratische Tätigkeit ist hier, wie dort, ziemlich gleichartig. Die alte „jurisdictio“ der Magistrate, welche sich darin erschöpfte, ist also eher eine Reihe von Verwaltungshandlungen, Prozessleitung, Beurkundung, als Rechtsprechung. Die sententia des „judex“ dagegen ist aus dem erwähnten Grunde keine „jurisdictio“. Diess mag aus historischen Gründen zu erklären sein — der judex und gar der arbiter dürften ursprünglich wol schiedsrichterlichen Charakter besessen haben — es ist aber von Interesse, dass gerade eine Funktion, die man heute ausschliesslich als Rechtsprechung zu bezeichnen geneigt ist, in Rom nicht jurisdictio war. Jurisdictio ist vielmehr eine Funktion der Verwaltung; sie beschränkt sich nicht auf Streitentscheidung, nicht auf Rechtsverletzungen, ist vielmehr mit den übrigen Agenden des Magistrats in Eins verschmolzen.

Schon in älterer Zeit gab es auch ausserhalb des judicium des judex Angelegenheiten, die zwar vom Magistrat, aber gleichwol im Wege der Rechtsprechung erledigt wurden; so Prozesse zwischen römischen Bürgern und schutzberechtigten Nichtbürgern, dann die Entscheidung durch recuperatores, welche geradezu als auf dem imperium beruhend angesehen wurden.[1]) Noch wichtiger ist die Rechtsprechung bei Anwendung der cognitio extraordinaria und das Polizeidecernat in gewissen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, welches in späterer Zeit sich auch äusserlich ganz der Rechtsprechung in Civilrechtssachen anschloss, wie im Interdiktenverfaren und in Streitigkeiten aus dem Marktverkehr. Mit dem Aufhören des ordo judiciorum privatorum verschwimmen äusserlich Rechtsprechung und obrigkeitliche Zwangsgewalt vollständig; trotzdem behält die Rechtsprechung gewisse spezifische materiell-rechtliche Wirkungen, ohne dass der Versuch gemacht wurde, beide begrifflich zu scheiden. Diesen Sprachgebrauch übernimmt das canonische Recht des Mittelalters, das unter jurisdictio jede behördliche Tätigkeit versteht, welche auf die Rechtsverhältnisse der Parteien mittelbar oder unmittelbar im Wege obrigkeitlicher Zwangsgewalt Einfluss nimmt. Das canonische Recht konnte als fremdes Recht von den Schöffen nicht gesprochen werden; Rechtsprechung und obrigkeitliche Gewalt mussten sich daher hier ganz von selbst in einer Hand ver-

---

[1]) Mommsen, Röm. Staatsrecht S. 183.

einigen. Diess war von Wichtigkeit, weil bekanntlich die kirchliche Judikatur sich im Mittelalter durchaus nicht auf rein canonische Angelegenheiten beschränkte, vielmehr mit Ausname der polizeilichen Agenden und der privatrechtlich aufgefassten Regalien fast das ganze heutige Verwaltungsgebiet umfasste. Die Kirche erscheint geradezu als der „mittelalterliche Beamtenstaat" und das canonische Recht ist nicht nur in materiell-rechtlicher Beziehung, sondern vor Allem hinsichtlich des Verfarens für das spätere Verwaltungsrecht von Bedeutung geworden. So kommt es, dass das römische „imperium", dessen Ersetzung durch die „jurisdictio" sich ursprünglich, wie Gneist einmal irgendwo sagt, als eine „Concession der Kirche an den germanischen Volksgeist" darstellt, ganz verschwand und dass an dessen Stelle die mildere „jurisdictio" mit geregelterem Verfaren trat. Ein besonderer Ausdruck für den Begriff der „Rechtsprechung" fehlte, so dass diese letztere selbst im Begriffe der „obrigkeitlichen Gewalt" aufging. So heisst denn noch heute der eigentliche Verwaltungsbeamte der Kirche (judex) „ordinarius".

Das alte deutsche Verwaltungsrecht differenzirt diese Begriffe auch nicht. Allein es kannte ursprüglich auch eine besondere Rechtsprechung in Privatrechtssachen nicht. Die ganze obrigkeitliche Gewalt war nur eine und dieselbe, der Königsbann, und dieser besteht zunächst lediglich aus Geboten und Verboten und den Zwangsmitteln zur Befolgung derselben. Die Rechtsprechung in Privatrechtssachen löste sich allerdings schon früh von der Königs würde ab und wird in des Königs Namen von den Richtern aus dem Volke geübt. In Verwaltungssachen konnte jedoch von einer Rechtsprechung kaum die Rede sein. Soferne das öffentliche Recht nicht Bestandteil des jus canonicum war, wurden fast alle Rechtsverhältnisse der Einzelnen zur Gesammtheit als Privatrechtsverhältnisse des Fürsten aufgefasst.

Das mittelalterliche weltliche Verwaltungsrecht ist fast durchaus nur ein Inbegriff verschiedenartiger „Hoheitsrechte" Die fürstlichen Diener und Beamten hatten in der Tat nicht die Gesammtinteressen, sondern die Interessen des Fürsten zu vertreten, so dass damals die Verwaltung wirklich in „eigener Sache" judizirte.

Das Reichsgericht, das man zu Ende des Mittelalters schuf, sowie der spätere Reichshofrat, hatten allerdings über Beschwerden der Untertanen gegen gesetzwidrige Ausübung des Hoheitsrechtes zu entscheiden und insoferne scheinen diese Reichsgerichte die Stellung von Verwaltungsgerichtshöfen einzunehmen. Allein in Wahrheit ist bei alledem der Begriff einer Rechtsprechung für Sachen öffentlichen Rechts

unbekannt; die Hoheitsrechte wurden eben nur als Privatrechte aufgefasst und eine Beschwerde über die Rechtsverletzungen der Staatsgewalt ist ein Privatrechtsstreit, wie ein anderer und nur aus diesem Gesichtspunkt der reichsgerichtlichen Competenz unterstellt, ganz abgesehen davon, dass die letztere von mehr theoretischem als praktischem Wert war, weil es den Reichsgerichten an der Exekutive gebrach und überdiess der Rechtszug von denselben noch an den Reichstag ging, in den grösseren Territorien ihre Competenz auch durch privilegia de non appellando ausgeschlossen war.

Diese Vermengung von Privat- und öffentlichem Recht zeigt sich gerade auf jenen beiden Gebieten recht deutlich, wo das moderne deutsche Verwaltungsrecht seinen Ursprung nimmt, in Militär- und Finanzsachen. Der Militärdienst war ein persönlicher Dienst des Fürsten, die öffentlichen Abgaben ein Opfer, das dem Fürsten ad personam gebracht wurde und man fand, dass bei der Judikatur in solchen Fällen, wie der Reichsabschied von 1594 sich ausdrückt, „die Oberkeit tanquam pars und nicht richterlicher Weise handelt".

Aber auch dort, wo sich wirklich ein öffentliches Recht zu bilden beginnt, im Polizeirecht, tritt der Begriff der Rechtsprechung ganz zurück. Man hatte dafür zwar im Anschluss an die römische „jurisdictio extraordinaria" den vom römischen und canonischen Rechte übernommenen Ausdruck „jurisdictio"; allein jede Ausübung hoheitlicher Staatsgewalt hiess „jurisdictio"; jeder Beamte „judex". Nach dem Zeugnisse Gneist's (Rechtsstaat S. 118) nennen die Gesetze der Territorialherren und des Reiches noch am Schluss des achtzehnten Jahrhunderts die örtlichen Polizeistellen „Ortsgerichte", „Gerichtsobrigkeiten", und dieser Sprachgebrauch ist im Volke so eingebürgert, dass in vielen deutschen Gauen bei der bäuerlichen Bevölkerung noch heute der Gemeindevorstand „Richter" heisst.

Bis in die jüngste Zeit werden also in Deutschland allem Anschein nach „richten" und „verwalten" als identische Begriffe genommen. Diess ist deswegen interessant, weil, wie wir gesehen haben, heutzutage behauptet wird, diese beiden Ausdrücke seien die Bilder von Begriffen, welche die präzisesten Gegensätze bilden sollen, die man sich nur denken könne.

Es ist sehr bezeichnend, dass England noch derzeit, wie im Mittelalter, jener germanischen Anschauung huldigt. Die Funktion des Friedensrichteramtes ist „jurisdiction", nicht nur als „appellate jurisdiction" in der Rechtsmittel-Instanz, sondern auch als „original jurisdiction" und zwar ebenso in jenen Fällen, wo auch wir von Rechtsprechung reden, wie bei Akten, die nach unseren Begriffen

Nichts mit Rechtsprechung zu tun haben, z. B. bei der Ernennung von Kirchspielsbeamten durch die special sessions, Beschlüssen über die Verwaltung des Kreisvermögens, Erlassung allgemeiner Verordnungen durch die quarter sessions u. s. w. Gneist (Das englische Verwaltungsrecht 1883 I. S. 269, 388 ff.) sagt darüber: „Das bei uns sogenannte „Verwaltungs-Decernat enthält in der Regel untrennbar ebenso eine „Erwägung der Gesetzlichkeit wie der Zweckmässigkeit. Der eng„lische Sprachgebrauch mit Hervorhebung der ersten Seite bezeichnet „diess Decernat als eine jurisdiction; die formlosere Weise unseres Ge„schäftsganges begreift beide Seiten unter der Bezeichnung ‚Ver„waltung'; .... eine Trennung der beiden Seiten wäre unpraktisch, so „lange sich das obrigkeitliche Amt im Stadium der Aktion befindet."...

Als das normale Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung überhaupt und der englischen insbesondere bezeichnet Gneist das Gebiet des Verwaltungszwanges „einschliesslich (?) der obrigkeitlichen Consense". „Der Sache nach" findet Gneist in dem englischen Friedensrichter-Decernat „Jurisdiktion" nach drei Gesichtspunkten, erstlich wegen des (wenn auch nicht de jure so doch) de facto unabhängigen und unwiderruflich angestellten Personals, zweitens wegen der ziemlich intensiven Einschränkung des „freien Ermessens", endlich wegen des dem gerichtlichen ähnlichen Verfarens. Die Gleichheit der Formulare der „friedensrichterlichen orders" verdecke überdiess einen Unterschied „in der Sache", der sich nach verschiedenen Richtungen geltend mache, nämlich ob nur ein Beteiligter oder ob deren mehrere der Verwaltung gegenüber stehen. Indess zieht Gneist aus diesem Unterschied keine weiteren Consequenzen für das englische Recht. Die erste Classe der friedensrichterlichen Dekrete nennt Gneist „einfache Dekrete", die zweite „streitige Verwaltungssachen"; „wesentlich denselben Charakter" (?) wie erstere habe eine Reihe collegialischer Beschlüsse der special sessions, welche er als „Beschlusssachen" bezeichnet; der neuere Entwickelungsgang zeige im Grossen und Ganzen, dass die Beschlusssachen autonomen „boards" oder „councils" zugewiesen werden mit einem Rechtszug an die Centralstellen (nicht Gerichte), während man in „streitigen" Sachen die friedensrichterliche Jurisdiktion beibehalte.

Dass sich die englische Gesetzgebung genaue und bewusste Rechenschaft über diesen Auseinandersetzungsprozess nicht gab, wie Gneist bemerkt, ist natürlich; ebensowol, dass dem deutschen Berufsbeamtentum zuletzt ein Unterschied zwischen einfachen Verfügungen, Beschlusssachen und streitigen Verwaltungssachen nahezu unverständlich wurde (a. a. O. S. 395); lässt uns doch Gneist selbst über die systematischen Merkmale der von ihm aufgestellten Begriffe ganz im Un-

klaren. Er selbst gibt zu, dass die Grenzen dieser Kategorien völlig verschwimmen (S. 394); es komme darauf an, ob die Erwägung der Gesetzmässigkeit oder der Zweckmässigkeit überwiege. Diess mag nun zwar de lege ferenda den Ausschlag geben; nach was für Criterien aber soll de lege lata „das Berufsbeamtentum" scheiden, was die Wissenschaft nicht zu scheiden vermag? Und nun gar dort, wo die äussere Scheidung von Beschluss- und streitigen Verwaltungssachen nicht existirt, wie in Frankreich, in Österreich, in einem grossen Teile Preussens und vielen anderen Staaten? Ganz dieselben Fragen entstehen, wenn man die neueren deutschen Reformgesetze in Betracht zieht. Wir sehen dabei ganz ab von der Organisation der Verwaltungsgerichte als Beschwerde-Instanzen, hinsichtlich deren rechtsprechender Funktion wir ja keinem Zweifel begegnen. Man hat sich hie und da gewöhnt, über dieser letzteren die Frage nach der rechtlichen Natur der Aussprüche der ersten Instanzen ganz ausser Acht zu lassen, obwol gerade, wie Gneist gewiss richtig hervorhebt, jede tüchtige Gerichtsverfassung den Schwerpunkt schon in die erste Instanz verlegen muss.

Nun haben die deutschen Reformgesetze die gerichtliche Organisation der Verwaltungsrechtsprechung, einige nur ein gewisses processartiges Verfaren für enumerativ angeführte Angelegenheiten, eingeführt und damit ist zweifellos entschieden, dass diese Akte den Charakter der Rechtsprechung besitzen.

Wie verhält es sich aber mit den übrigen Angelegenheiten? Kann darüber nie im Wege der Rechtsprechung entschieden werden? Noch wichtiger und zweifelhafter ist die andere Frage, die sich aufdrängt: Ist jede Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes auch ein Akt der Rechtsprechung? Und diese letztere Frage ist um so bedeutsamer, als einige Staaten, insbesondere Preussen, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf so manche Angelegenheiten nicht wegen der inneren Natur des zu schöpfenden Spruches, sondern wegen äusserlicher Momente, insbesondere der zu gewärtigenden grösseren Unbefangenheit der neuen Spruch-Collegien, ausdehnten, ja merkwürdigerweise in einigen Fällen die Verwaltungsgerichte geradezu über die Frage, ob durch die Sache A oder B die öffentlichen Interessen tangirt seien eine Vorentscheidung fällen lassen. Zweifel dieser Art können allerdings im österreichischen Recht nicht entstehen; wir haben keine merital und im Instanzenzuge erkennenden Verwaltungsgerichte; um so dringender wird daher bei uns die Frage werden: wann haben wir einen Akt der Rechtsprechung vor uns, wann nicht? Und darüber muss sich nicht nur alltäglich die Praxis schlüssig werden,

obwol sie, das sei nur gleich von vornherein zugestanden, weder in den Gesetzen noch in der Theorie irgend einen Anhaltspunkt dafür findet und daher prinziplos herumtappt, sondern es wird auch die Gesetzgebung an die Lösung dieser Aufgabe herantreten müssen, wenn die Reform des Administrationsverfarens bei uns in Angriff genommen werden soll. Denn mit der Schöpfung von über die Rechtsverletzungen der Verwaltung urteilenden Verwaltungsgerichten ist nur ein Teil und zwar der kleinere Teil der Reformarbeit getan. Was übrig bleibt ist die Organisirung der Rechtsprechung nicht ausser sondern innerhalb der Verwaltung, und diess Ziel lässt sich nicht durch eine noch so sorgfältige Enumerirung exemter Agenden, sondern nur durch Einführung eines besonderen Verfarens und anderer spezieller Cautelen für Alles, was Rechtsprechung sein soll, erreichen. Nur ein Staat, der für alle Angelegenheiten, die nach der positiven Rechtsordnung, im Wege der Rechtsprechung zu erledigen sind, den besondern für die Rechtsprechung in Verwaltungssachen geschaffenen Organismus in Tätigkeit treten lässt, besitzt ganz und voll „Verwaltungsrechtsprechung“. Deshalb glauben wir, dass die nachstehenden Erörterungen auch de lege ferenda von Wert sein werden — wenn auch nicht durch das, was sie bieten, aber durch das, was sie, wie ich hoffe, anregen mögen.

---

## Rechtsprechung und freies Ermessen.

### §. 4.

Nach den bisherigen Auseinandersetzungen mag es vielleicht Manchen scheinen, dass wir mehr um Worte als um die Sache streiten. Nennen doch die Einen jede in Befolgung einer Rechtsnorm erfolgende Tätigkeit der Behörden „Richten“, „Rechtsprechung“, „Jurisdiktion“, während Andere wieder in jeder Verwaltungstätigkeit ein Element erblicken, welches vom „Richten“ grundsätzlich und stets verschieden sei. Allein der Wortstreit wird in dem Augenblick zu einem sachlichen Streit, sobald die positive Rechtsordnung Anhaltspunkte dafür bietet, dass sich an die Begriffe, welche uns zwei verschiedenartige Worte versinnbildlichen, verschiedene rechtliche Folgen knüpfen. Und diess ist hier der Fall. Der zweite Teil dieser Schrift wird diesen Satz des Näheren beleuchten. Hier sei nur darauf hingewiesen, dass es durchaus nicht angeht, die Bedeutungen zweier verschiedenen Worte dadurch gegeneinander abzuschleifen, dass man einseitiges Gewicht auf ihre identischen Merkmale legt, ihre disparaten Elemente aber ignorirt. Jedes Wort hat eine durch viele Generationen sich durchziehende unbewusste geistige Arbeit gewonnene eigentümliche Bedeutung und die Wissenschaft hat die Aufgabe, diese letztere nicht etwa zu verwischen, sondern durch genaues Belauschen des Sprachgeistes zu verdeutlichen und zum Bewusstsein zu bringen. Der Begriff der Rechtsprechung darf daher nicht dadurch umgangen werden, dass man sagt, in diesem oder jenem Falle „verwaltet“ die Behörde nicht, sondern sie fungirt „als Gericht“ u. dgl., sondern es ist präzise zu fragen, wann darf und muss die Funktion der Verwaltungsbehörde „Rechtsprechung“ heissen?

Es dürfte wol zum Ziele führen, die definitio periculosa vorläufig zu meiden und zunächt zu fragen, welche jener Begriffsmerkmale, die hier in Frage kommen können, sich mit dem bisher dem Begriff der „Rechtsprechung“ gegebenen Inhalte nicht decken.

Etymologisch läge es am nächsten, wenn man sagte, „Recht" sprechen heisst aussprechen, was im conkreten Fall durch eine Rechtsnorm gefordert werde. Wenn und insoweit diess nicht stattfinde, liege eine Sache des „freien Ermessens" vor. Da nun, wie gewöhnlich gepredigt wird, überall wo ein „freies Ermessen" massgebend ist, von der Anwendung einer Rechtsnorm nicht die Rede sein kann, so schlössen hienach Sachen des freien Ermessens und Rechtsprechung einander aus.

Diess ist denn auch der Standpunkt, den die Mehrheit der in § 2 erwähnten Schriftsteller einnimmt.

Allein dieser Satz wäre nur dann richtig, wenn freies Ermessen und Anwendung einer Rechtsnorm einander wirklich ausschlössen.

Dass dem nicht so ist, zeigt sich schon darin, dass eine grosse Zal behördlicher Emanationen, die par excellence zur Rechtsprechung gezählt werden, nämlich der gerichtlichen Erkenntnisse, auf einem ganz identischen „freien Ermessen" beruht. Ich sehe da ganz ab von den Agenden der jurisdictio voluntaria, die ja selbst mit Recht als Verwaltungssachen bezeichnet werden, und erinnere blos daran, in wie vielen Fällen die Rechtsordnung dem Richter ein fast inhaltsloses Schema darbietet, das nach freiester Erwägung aller obwaltenden Umstände durch das vernünftige Ermessen des Richters ausgefüllt werden soll. „Ein verwaltungsrechtliches Ermessen", sagt Gareis (in Samitsch' Ztschr. II, S. 474), „spielt in einer Reihe von Fragen die Hauptrolle, die „seit Justinian stets von den Gerichten beantwortet wurden. So in der „freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann überall, wo dem Richter ein reines „Abschätzen tatsächlicher Verhältnisse, namentlich in Bedürfnisfragen, „zugemutet wird. Die Frage der Angemessenheit kommt beim Richter „eben so oft zur Beantwortung als beim Verwaltungsbeamten. Beispiele: „Höhe des Interesses, modicum tempus, Caution, Alimentation, Dos."

In der Tat gibt das Gesetz oft genug gar keine andere Direktive als den Begriff der „Angemessenheit", „Erforderlichkeit" u. dgl. Spricht nun der Richter aus, welche Summe der Angeklagte als „angemessenes Schmerzensgeld", „entsprechende Entschädigung" u. dgl. zu bezalen schuldig sei, so nennt diess Jedermann einen Akt der Rechtsprechung. Worin unterscheidet sich wol in jener Hinsicht dieser Ausspruch von dem Urteil, dass das Eigentumsrecht des X am Gute A mit den öffentlichen Interessen unvereinbar (daher zu expropriiren) sei?

Noch weit intensiver spielt die Ermessensfrage ins Strafrecht ein, wo man doch aus begreiflichen Gründen das subjektive Ermessen so eng als nur irgend möglich begrenzt. Es ist dennoch nicht zu bezweifeln, dass hier selbst in der Schuldfrage gar oft so vage Kriterien massgebend sind, dass zu ihrer Überprüfung ein Verwaltungs-(Cassa-

tions-)Gericht für incompetent gehalten werden müsste. Urteilt der Richter, wenn er beispielsweise darüber zu befinden hat, ob ein Unfug ein „grober" war, ob „öffentliches Ärgernis erregt wurde", ob sich Jemand „unanständig betrug", ob die Schamhaftigkeit „gröblich verletzt" ist, ob ein „wichtiger Nachteil" entstand, ob eine Handlung „zum Hass oder zur Verachtung" aufreizte, ob Jemand „beleidigt" wurde, oder endlich ob eine „Gefahr" für Eigentum oder Leben entstand, nicht nach „freiem" Ermessen, wie die Verwaltung, wenn sie ausspricht, dass ein Verein „staatsgefährlich" sei, dass die Jagdkarte wegen „Bedenklichkeit" der Person versagt werde, dass das „öffentliche Interesse" in dieser oder jener Richtung tangirt sei? Und nun gar die Strafbemessung! Von ganz wenigen Fällen abgesehen (Todesstrafe, Verfall von Waaren, Verlust von Rechten) liegt jeder Strafverhängung das Urteil zu Grunde: „Dem conkret vorliegenden Delikt ist so und so viel Strafe angemessen." Und doch sollen freies Ermessen und Rechtsprechen incompatible Dinge sein?

Wie ist es da nun erklärlich, dass ein so hervorragender Autor, wie H. Schulze (a. a. O. II, S. 279, 868 u. öfter) betont, es gehöre zum Begriff der Rechtsprechung, dass die Entscheidung „nach festen Rechtsgrundsätzen" erfolge. Diess zugegeben — wie kann dann Schulze (a. a. O. S. 279) die Entscheidung des Parlaments über die Giltigkeit einer Wal, über die Minister-Anklage, hinsichtlich deren Schulze selbst eine gesetzliche Spezifizirung des Delikts perhorreszirt, Rechtsprechung sein, wie Schulze annimmt?

Derselbe Widerspruch findet sich bei anderen Autoren, so bei Stengel (Tübinger Ztschr. XXXVIII, S. 223): „auch die Rechtsprechung sei bis zu einem gewissen (?!) Grade an strikte Rechtsregeln nicht gebunden", bei Sarwey und Ulbrich, die jenem Widerspruch durch die Wal des lateinischen Wortes „Jurisdiktion" begreiflicherweise nicht entgehen, bei Rösler[2]), selbst bei Gneist.[3])

[1]) Es sei hier auch der nordamerikanischen Gerichte gedacht, welche nach der Verfassung ihre Tätigkeit „auf alle Fälle des strengen Gesetzes und der Billigkeit . . . ." zu erstrecken haben.

In England gibt es eigene „Billigkeitsgerichtshöfe". Ihering schlägt für ungewöhnliche Verbrechen ein an keine Rechtsregeln zu bindendes Tribunal vor, welches Schuld und Strafe nach freiem Ermessen beurteilen solle. Das Alles wäre keine Rechtsprechung?

[2]) Einerseits nimmt Rösler an, dass jeder Akt der Verwaltung durch eine Rechtsnorm gebunden sei (Soc. Verw. R. I, S. 34 ff.), anderseits erklärt er, dass das grosse Gebiet der technischen Verwaltung „die Anwendung von Rechtsgrundsätzen in keiner Weise zulasse" (Grünhut's Ztschr. I, S. 193 ff.).

[3]) „Den Grundsätzen nach wurde", sagt Gneist (Engl. Verw. R. I, S. 399),

Der Grund dieser Widersprüche liegt augenscheinlich in der Zweideutigkeit, die an dem Ausdruck „freies Ermessen" klebt. Eine Tätigkeit, die durch keine Rechtsnorm bestimmt wird, kann freilich keine Rechtsprechung sein; es ist aber ein grosser Irrtum zu glauben, dass diess bei der Verwaltung nach „freiem" Ermessen der Fall ist. Diese Verwaltung ist, wie jede Verwaltungsfunktion, durch Rechtsnormen allerdings gebunden. Wer könnte das bezweifeln? Darf der Beamte auch so handeln, wie er glaubt, dass es nicht im öffentlichen Interesse liege? Die Verneinung dieser Frage mag vielleicht als so selbstverständlich gelten, dass es fast verwunderlich erscheint, dieselbe aufgeworfen zu sehen. „Freiheit" des Ermessens, so kann man sagen, heisst ja nicht subjektives Belieben, sondern: nicht gebunden sein an präzise gesetzliche Normen. Gewiss; aber man kann sich leicht überzeugen, dass trotzdem gar häufig beide Begriffe mit einander identifizirt werden.

So sagt beispielsweise Lüders (Das Gewohnheitsrecht, 1863, S. 33): „Wie die regierende Gewalt innerhalb der durch die Gesetze ihr gezogenen Schranken nach freiester Erwägung des Nützlichen und Notwendigen verfährt, so verfolgt auch der Einzelne die Befriedigung der seine Existenz bedingenden Bedürfnisse ....", und ein hervorragender Jurist, wie Bähr (Rechtsstaat S. 52, 53) identifizirt vollständig die freie Tätigkeit des Einzelnen, als Häuser bauen, Nahrung aufsuchen u. s. w., mit der correlaten Tätigkeit der Verwaltungsorgane im öffentlichen Interesse; S. 57 sagt derselbe: „Wenn wir das Verhältnis des „Kindes zum Vater, des Vereinsmitgliedes zu seinem Vereine, des Bür„gers zu seiner Gemeinde als ein des Rechtsschutzes fähiges erkennen, „so ist in aller Welt nicht abzusehen, warum nur das Verhältnis des „Staatsbürgers zur Regierungsgewalt ein lediglich dem Ermessen „der Letzteren anheimgestelltes sein und bleiben müsste"; S. 88: „In den Verhältnissen des Privatrechtes waltet für die Individuen „derselbe Gegensatz ob, welcher die Stellung der Verwaltungsbehörden „kennzeichnet: sie verfaren nach Zweckmässigkeitsgründen innerhalb „der Schranken des Rechtes." (Ähnlich S. 103, 108, 109.) Auch Rosin (Das Polizeiverordnungsrecht S. 13) scheint anzunehmen, dass die

---

aus der Tätigkeit der Friedensrichter Rechtsprechung, indem das „freie Ermessen" der Beamten mehr und mehr durch strikte Normen beschränkt wurde. Wie kann dieser Satz von dem unermüdlichen Kämpfer für die Ausdehnung der verwaltungsgerichtlichen Competenz auf die Ermessenssachen vertreten werden? Von jenem Schriftsteller, der stets hervorhebt, die Rechtsprechung in diesen Sachen sei unumgänglich nötig, um die schädlichen Folgen des constitutionellen Parteiregiments zu paralysiren?

administrativen Akte durch Rechtsnormen nur dort bedingt sind, wo sie „in die Sphäre der Einzelnen eingreifen“ und Laband (Staatsrecht d. D. R., II, S. 199) lehrt uns, die Verwaltungsakte seien Rechtsgeschäfte, wie die jedes Einzelnen; der Staat erfülle seine Aufgaben, wie der einzelne Mensch; die freie Verwaltung habe die Aufrechthaltung der Rechtsordnung nicht zum Zwecke und erhalte deshalb ihren positiven Inhalt nicht durch Rechtssätze.[4]) Diese Gleichstellung der Tätigkeit der Verwaltungsorgane mit jener der einzelnen Menschen beruht aber auf einem Irrtum. Es gibt zwar Rechtsnormen, welche den Einzelnen verhindern, zum Schaden eines Andern, nicht aber solche, die ihn um seiner selbst willen zwingen, zu seinem eigenen Vorteil zu handeln. Wenn der Privatmann ein Haus baut, von dem er weiss, dass es ihm Schaden bringt, wenn er sein Geld auf eine Realität elozirt, von der er voraussetzt, dass sie die nötige Sicherheit nicht bietet, wenn er eine Speise zu sich nimmt, deren schädliche Wirkungen auf seinen Organismus er kennt,

[4]) Mir scheint es unbegreiflich, wie Laband andererseits (S. 204) behaupten kann, die Behörden hätten allerdings die Pflicht, ihre Verwaltungsgeschäfte vorzunehmen. Laband meint zwar, man könne hierin einen Widerspruch nicht erblicken, weil seinem Satze der Unterschied zwischen öffentlichen Rechten, denen „Pflichten“ entsprechen, und den Privatrechten, bei welchen diess nicht der Fall sei, zu Grunde liege. Weil der Staat die „Aufgabe“ habe, für die Landesverteidigung zu sorgen, deshalb hätten die Behörden die „Pflicht“, für die Ausbildung der Mannschaft u. s. w. zu sorgen.... „Die Behörden dürfen zwar nach Massgabe des Gesetzes Rekruten ausheben, aber sie tun diess nicht, damit diese Gesetze erfüllt werden.“ Also die „Pflicht“ entsteht nur durch die „Aufgabe“. Ist aber nicht der Causalnexus zwischen dieser supponirten „Staatsaufgabe“ und jener „Pflicht“ gerade die Rechtsnorm, welche gebietet, die Aufgabe zu erfüllen?

Immerhin anerkennt doch Laband hier die „Pflicht“ der Behörden zur Vorname ihrer Verwaltungsgeschäfte. Wie reimt sich diess mit der einige Seiten früher vorgebrachten Behauptung: „Die Staatsgewalt steht hinsichtlich der Führung der öffentlichen Geschäfte dem Rechte gerade so gebunden gegenüber, wie der Einzeln ehinsichtlich seiner Privatgeschäfte“ — also auch eben so frei? Da auch Laband nicht behaupten wird, man folge einem Rechtsgebot, wenn man sich ins Theater setzt oder ein Beefsteak verzehrt, so müsste die Verwaltung bei ihren nicht durch strikte Normen anbefolenen Geschäften ganz eben so frei sein, wie jeder Einzelne. Ich verstehe aber nicht, wie man freie Wal zu einer Handlung haben kann, zu welcher man rechtlich verpflichtet ist. Der Fehler liegt bei Laband offenbar darin, dass er den „Staat“ mit seinen Verwaltungsorganen identifizirt. Der „Staat“ verwaltet jedoch nicht, sondern seine Organe; er hat keinen Willen, keine Ansicht über seinen Vor- und Nachteil. Was man so nennt, ist nur die Geistestätigkeit derjenigen, die ihn regieren. Diese aber haben die Pflicht, nicht nur gesetzmässig, sondern auch gut zu regieren, und dass diese Pflicht eine Rechtspflicht ist, wurde bereits oben Seite 3, N. 3 hervorgehoben.

wenn er sich finanziell oder physisch zu Grunde richtet, ja selbst wenn er sich tödtet, so verletzt er keine Rechtsnorm. Es gibt keine Rechtspflicht, die den Einzelnen als solchen zwingen würde, seinem Vorteil nachzugehen. Der staatliche Funktionär dagegen, welcher weiss, dass eine Massregel den öffentlichen Interessen zuwiderläuft und sie dennoch ergreift, begeht eine Pflichtverletzung, wie sich wol nicht bestreiten lässt. Man kann dagegen nicht einwenden, dass sich diese Pflichtverletzung schwer constatiren lasse. Es gibt Fälle, wo aus gewissen Indizien mit Bestimmtheit darauf geschlossen werden kann, dass der Beamte wider besseres Wissen gehandelt habe. Deshalb gibt es ein Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt, ein Disziplinarstrafrecht, eine Ministerverantwortlichkeit, eine Ersatzpflicht des pflichtwidrig handelnden Beamten. In den meisten Fällen mag ein Nachweis darüber, ob der Beamte wider besseres Wissen eine gemeinschädliche Massregel ergriff, nicht gelingen; es ist nichtsdestoweniger eine Rechtspflicht, die er dadurch verletzte (und nicht etwa blos eine ethische Pflicht), weil die Erfüllung dieser Pflicht durch Rechtsinstitute, wenn auch hauptsächlich präventiver Natur (Diensteid, soziale Stellung, Vorbildung, Unabhängigkeit) gewährleistet ist.

Spricht man also von „freiem“ Ermessen, so darf man nicht vergessen, dass man darunter kein rechtlich ungebundenes Wollen, kein „freies“, sondern ein rechtlich gebundenes, pflichtmässiges Ermessen zu verstehen hat, und weil man diess oft übersieht, so empfiehlt es sich, jenen Ausdruck ganz zu meiden und lieber von „technischem“ oder „diskretionärem“ Ermessen zu sprechen.

Irrig ist es daher, den Richterspruch als eine vom subjektiven Ermessen des Richtenden ganz unabhängige geistige Tätigkeit und das Recht als eine gewissermassen „über allen Menschen und allen menschlichen Gemeinschaften, auch dem Staate, stehende Regel“ zu betrachten, wie diess, um nur ein Beispiel anzuführen, bei Stengel in Hirth's Annalen (1875, S. 1317) geschieht.

Sarwey (a. a. O. S. 57) hat treffend gegen diese Übertreibung polemisirt. Ohne subjektives Ermessen gibt es keinen Richterspruch und keine Verwaltung. Auch der Richter ist keine Maschine, kein Hebel, der von irgendwo gedrückt, eine mathematisch berechenbare Wirkung ausübt; nennt man die Anwendung der Rechtsnorm auf den gegebenen Tatbestand Richterspruch, so ist eben diese „Anwendung“ eine geistige Tätigkeit, die sich immer nur im Kopfe des Richters vollziehen kann, die daher stets dem subjektiven Ermessen einen grösseren

oder geringeren Spielraum lassen muss.[5]) „Freies“ Ermessen und rechtliche Gebundenheit sind nicht verschiedene Arten geistiger Tätigkeit, sondern stets liegt ein und derselbe logische Schluss von einem gegebenen Tatbestande auf die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm vor. Nicht in der Art des Schlusses, sondern nur in der Art, wie von der Rechtsordnung die Prämissen dieses Schlusses gestellt werden, liegt der Unterschied. Da nun die Rechtsnorm immer nur gebietet oder verbietet, die Schlussfolgerung selbst aber logischen, nicht rechtlichen Regeln folgt, so kann das charakteristische Merkmal des sogenannten „freien“ Ermessens nur in den tatsächlichen Prämissen liegen. Es ist nur ein ungenauer Ausdruck, wenn man sagt, die Entscheidung liege im „freien“ Ermessen; gerade der Schluss von dem angenommenen Tatbestand auf die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm ist stets rechtlich gebunden, nie „frei“. Durch Rechtsnormen nicht gebunden, ist in derlei Sachen nur der geistige Vorgang, vermöge dessen aus der Wahrnehmung tatsächlicher Momente auf des Vorhandensein gewisser im Gesetz aufgestellter Categorien geschlossen wird, welche die Anwendung der Rechtsnorm unmittelbar bedingen. Besieht man sich genauer diese Categorien des technischen Ermessens, die „Angemessenheit“, „Nützlichkeit“, „Gefahr“ u. s. w., so findet man, dass diess durchweg Begriffe sind, deren Vorhandensein erst unter Anwendung einer ziem-

---

[5]) Damit soll aber gewiss nicht gesagt sein, dass auch die Anwendung der Rechtsnorm im Ermessen des Richters liege. Im Gegenteil, das sogenannte diskretionäre Ermessen bezieht sich immer nur auf die tatsächlichen Prämissen. Wenn Bülow (Gesetz und Richteramt, 1885) neuerdings die schöpferische Kraft des Richterspruchs hervorgehoben hat, so ist seinen Ausführungen mit dieser reservatio mentalis gewiss beizustimmen. Abzulehnen wäre aber die Vorstellung, dass der Richter jemals eine Rechtsnorm nicht anwenden dürfte. Wenn der Richter nach bestem Wissen und Gewissen einen Rechtssatz nicht zur Prämisse seines Urteils macht, so zeigt sich eben, dass die vermeintliche Rechtsnorm, mag sie gleich gesetzlichen Ausdruck erhalten habe, keine Rechtsnorm mehr ist, weil sie der zwingenden Gewalt entbehrt und sich unvermerkt eine andere Norm an deren Stelle im Rechtsbewusstsein des Volkes und somit des Richters festgesetzt hat.

Leider hat auch Bülow, wie fast alle civilistischen Schriftsteller, das öffentliche Recht geradezu ignorirt. Und doch ist gerade hier das wichtigste Anwendungsgebiet des von Bülow sogenannten „richterlichen Rechtes“ (für welches freilich ein passenderer Ausdruck zu wählen sein wird). Denn es ist denkbar, dass ein Rechtssatz privatrechtlichen Inhalts lange Zeit hindurch in Geltuug steht, ohne dass je der Richter in die Lage kam, ihn anzuwenden. Die Sätze des öffentlichen Rechtes jedoch können nicht anders verwirklicht werden, als durch die Verwaltung; daher wird die behördliche Praxis im Verwaltungsrecht stets einen unvergleichlich grösseren Einfluss haben, als im Privatrecht.

lich complizirten Reihe von Schlussketten, bejaht werden kann. Je mehr sich ein Urteil über tatsächliche Momente der allgemeinen Controle entzieht, desto mehr geht es in das Gebiet des technischen Ermessens über. Es gibt eben auf allen Gebieten geistiger Tätigkeit eine Grenze, über welche hinaus Dritte die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der gezogenen Schlüsse nicht mehr constatiren können. Es können dann Dritte anderer Ansicht sein, sie können aber nicht behaupten, sie allein hätten die richtige Ansicht, die des Andern sei falsch; würden sie es gleichwol behaupten, so behielte doch jeder seine Meinung und man würde ihnen nicht glauben. Behaupte ich, das Firmament sei rot, so wird die ungeheure Mehrheit der Menschen das Gegenteil aussprechen und mich entweder für farbenblind oder für verrückt halten[6]); spreche ich dagegen die Ansicht aus, eine Speise sei schlecht, ein Musikstück sei langweilig, eine Melodie banal u. s. w., so habe ich in der Regel keine dezidirte Mehrheit gegen mich und es ist daher hier die Domäne meines „Ermessens". Nicht anders ist es im Rechtsleben. Urteile ich, die Strafe Z sei für das Delikt A „angemessen", so gebe ich damit meinem Dritten völlig[6a]) uncontrolirbaren Rechtsgefühl, auch wol anderen subjektiven Empfindungen Ausdruck, deren Gesammtheit das richterliche „Ermessen" bildet. Ganz dasselbe liegt vor, wenn ich beurteile, ob eine Anlage sanitätswidrig sei, Wasser- oder Feuersgefahr provozire u. dgl.; nur sind es hier technische Regeln, nach denen ich mein Urteil bilde, Regeln, über deren Richtigkeit nur ein kleiner Kreis Fachgelehrter, nicht die Gesammtheit ein Urteil hat, weil ihr die Vorbildung dazu fehlt. Die Rechtsordnung hat es in der Hand, die Anwendung ihrer Normen an derartige Begriffe zu knüpfen, und entzieht damit für die Regel der Fälle Dritten die Möglichkeit, die Richtigkeit der gezogenen Schlüsse zu prüfen.

Daher kommt es, dass die Schlüsse der Behörden darüber, ob Etwas im öffentlichen Interesse gelegen sei, ganz dem Urteil eines Sachverständigen über Fragen technischer Natur gleich stehen. Die Verwaltungsbehörden sind in der Tat in jener Beziehung Sachverständige. Nur wird deren ausschliessliche Befähigung zur Beurteilung des öffentlichen

---

[6]) Eine andere Gewähr für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Behauptung als die Ansicht der Mehrheit, gibt es überhaupt nicht. Widerspricht man dem Urteil der Gesammtheit, so rächt sich Letztere damit, dass der Urteilende als geisteskrank erklärt wird. Die Urteile, mit denen eine Behauptung verglichen werden muss, um ihre sogenante „Richtigkeit" zu prüfen, sind aber selbst nicht fix, sondern wechseln, und daher ist auch „wahr" oder „falsch" nur ein präpotenter Ausdruck für das Convergiren oder Divergiren mit den Ansichten der Gesammheit.

[6a]) Völlig: das heisst mit Vorbehalt des auf S. 44 a. E. erwähnten Falles.

Interesses durch positive Anordnung der Rechtsordnung nicht etwa durch mangelhafte Fachkenntnis der Gesammtheit begründet. Doch darf man nie vergessen, dass zwischen diesem sachverständigen Urteil und der Entscheidung immer noch ein Mittelglied liegt: das Urteil über die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm.[7]) Ist die gesetzliche Kategorie so vag, dass sie geradezu nur das Erkennen des öffentlichen Interesses oder des allgemeinen Besten erheischt, so ist die Rechtsnorm, die dann zur Anwendung kommt, der allgemeine Befel der Rechtsordnung, so zu handeln, wie es nach der Meinung des Urteilenden im öffentlichen Interesse gelegen ist. Daher zeigt sich die Verletzung dieses Gebots erst dann, wenn sich constatiren lässt, dass diess nicht geschah.[8]) Diese Constatirung wird freilich blos dann gelingen, wenn sich zugleich eine Pflichtverletzung nachweisen lässt: in Sachen des „freien" Ermessens begründet der nachweisbare Verstoss gegen eine Rechtsnorm stets eine strafrechtlich oder disziplinär ahndbare Pflichtverletzung. Diese Pflichtverletzung besteht in nichts Anderem, als dass

---

[7]) Es ist daher gänzlich verkehrt, die Aussprüche der Sachverständigen, „Urteile" zu nennen oder gar denselben die Eigenschaften gerichtlicher Urteile zu gewähren. Man schuf sich dafür den Ausdruck „judices facti". Darin liegt aber eine contradictio in adjecto. Ohne eine Rechtsnorm, welche den abstrakt gesetzten mit dem conkret vorliegenden Tatbestand verbindet, gibt es keinen Richterspruch. Nicht minder verkehrt ist es aber, zu behaupten, der Ausspruch der Sachverständigen erfolge nach deren freiem Ermessen, wie es bei Krais, Commentar zum bayr. Gesetze v. 8. Aug. 1878, S. 157 geschieht. Die Schlüsse der Sachverständigen hängen nicht von ihrem Belieben ab, sondern sind durch die Regeln der Wissenschaft oder Kunst bedingt; ein Gutachten, das diesen Regeln offenbar widerspricht, ist gewiss anfechtbar. Nur durch Rechtsregeln ist der Sachverständige nicht gebunden. Aber nicht jedes Denken, welches durch Rechtsnormen nicht beeinflusst ist, ist „frei".

Beide Verkehrtheiten finden sich bei Bähr, Rechtsstaat S. 62. Er nennt das Gutachten der Sachverständigen eine Art Richterspruch; den Richterspruch in Zweckmässigkeitsfragen betrachtet er wieder als vollkommen frei von Rechtsregeln.

Der grundlegende Unterschied beider Formen geistiger Tätigkeit liegt ausschliesslich darin, dass der Sachverständige auf das Vorhandensein von Begriffen schliesst, die erst noch unter eine Rechtsnorm subsumirt werden müssen. Spricht der Sachverständige selber die conkreten Imperative aus, so ist er kein Sachverständiger mehr, sondern behördliche Person, und diesen Charakter haben alle Aussprüche der Verwaltungsbehörden in Fragen des „öffentlichen Interesses" schlechtweg.

[8]) Dass diese Norm oft verletzt wird, ohne dass die Rechtsverletzung nachweisbar ist, hindert ihre Geltung ebensowenig, wie die Unmöglichkeit alle Verbrecher zu überführen die Geltung unserer Strafgesetze hindert.

das Urteil des Verwaltungsorganes mit den Ansichten der Gesammtheit derart in Widerspruch tritt, dass man daraus die Überzeugung von böser Absicht oder grober Fahrlässigkeit gewinnt.[9])

Über diese Grenze hinaus lässt sich aber die Verletzung jener allgemeinen Rechtsnorm: Handle, wie Du es als im öffentlichen Interesse gelegen erachtest, nicht feststellen. Es gibt daher ausserhalb des straf- und disziplinargerichtlichen Urteils keine Rechtscontrole über die auf technischem Ermessen basirenden Aussprüche.

Daraus folgt natürlich nicht die Unzulässigkeit eines Instanzenzuges. Mit diesem wird eben nur das Urteil eines anderen Verwaltungsorganes an Stelle des in erster Instanz judizirenden Beamten gesetzt und die Rechtsordnung kann zweifellos beliebig viele Organe bestellen, welche die Macht erhalten, durch ihr Urteil das des untergeordneten Organes zu verbessern oder zu verändern.

Aber es lässt sich mit jenem Vorbehalte eine Rechtsprechung darüber, ob in einer derartigen Sache das Verwaltungsorgan mit seiner Ansicht Recht oder Unrecht hatte, nicht denken.

Und damit kommen wir auf das punctum saliens. Gewöhnlich nimmt man an, es gebe nur die eben erwähnte Art der Rechtsprechung in Verwaltungssachen. Daraus entstehen dann die merkwürdigen Argumente für die gerichtliche Organisation der Rechtsprechung, denen wir oben begegnet sind und die sich in dem Gedanken concentriren, es gebe keine Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden, weil die Verwaltung nicht über ihre eigenen Rechtsverletzungen zu Gericht sitzen könne. Es wäre aber erstaunlich, wenn dieser platte Irrtum nicht zu verbannen sein sollte. Nicht anders wäre es, als würde man nur die Judikatur des Cassationshofes in Strafsachen Rechtsprechung nennen, weil nur dieser über die Rechtsverletzungen der Strafgerichte entscheidet. Freilich

---

[9]) Deshalb braucht natürlich nicht die „Gesammtheit" diess Urteil auszusprechen, so wenig als die Gesammtheit Denjenigen, der behauptet, dass 2 × 2 fünf sei, für verrückt erklärt. Der Widerspruch zwischen den Urteilen der Gesammtheit und denen eines Einzelnen kann auch von Wenigen oder selbst von einer einzigen Person constatirt werden. Wenn nämlich die Rechtsordnung dieser Person die Macht gibt, die Gesammtheit zu vertreten, so gilt es so viel, als hätte die Gesammtheit gesprochen. Die Versuche, die möglichen Fälle dieser Opposition der Gesammtheit in gesetzlichen Ausdrücken zu fixiren, sind ganz vergeblich; Disziplinarvergehen — soferne sie nicht gegen Gebote zu bestimmten Handlungen verstossen — sind immer nur als „Pflichtverletzungen" zu construiren; ebenso die Schuld des Ministers. Auch der strafrechtliche Begriff des „Missbrauchs" gibt uns nur eine allgemeine Andeutung, die der Richter, je nach dem Grade des Missverhältnisses zwischen Gesammtanschauung und konkreter Tathandluug zu verwerten hat.

kann Niemand über seine eigenen Rechtsverletzungen Recht sprechen; allein damit ist doch Nichts über die Beschaffenheit jener Amtshandlung ausgesagt, welche die Rechtsverletzung begangen haben soll. Denn es ist ja wol möglich, dass die Entscheidung der Verwaltungsbehörde eine Rechtsverletzung nicht enthielt und unangefochten blieb. Wie kann man in solchen Fällen, die doch gewiss die Mehrheit bilden, aus der Notwendigkeit einer Rechtscontrole durch Verwaltungsgerichte darauf schliessen, dass die Verwaltungsbehörde nicht Recht gesprochen habe?

Demgemäss gelangen wir zu folgendem Resultate: In Sachen technischen Ermessens ist, soweit dieses reicht, eine Rechtscontrole der Verwaltungsgerichte[10]) undenkbar, sofern nicht eine dolose oder culpose Pflichtwidrigkeit constatirbar ist. Wo darüber hinaus scheinbar ein Verwaltungsgericht in Ermessenssachen judizirt, unterscheidet es sich in Nichts von einer gewöhnlichen Verwaltungsbehörde. Es entsteht dann eine sogenannte Doppelverwaltung, indem zwei verschiedene von einander unabhängige Organismen, Verwaltungsbehörden und -Gerichte darüber befinden, ob eine Massregel im öffentlichen Interesse liegt oder nicht. Ob ein solcher Zustand wünschenswert ist, bleibe hier ausser Betracht. Nur der eine Satz sei festgestellt: Verwaltungsgerichte können, insoferne sie über die Rechtsverletzungen der Verwaltungsbehörden judiziren sollen, in Fragen technischen Ermessens keine Entscheidungsgewalt besitzen.

Bei allen anderen Behörden jedoch ist eine Rechtsprechung darum nicht ausgeschlossen, weil eine oder mehrere der Prämissen der Entscheidung im technischen Ermessen ihren alleinigen Anhaltspunkt finden. Mag die Rechtsordnung dem subjektiven Ermessen den allerweitesten Spielraum lassen, nie geht dasselbe bis zur Erlaubnis, den öffentlichen Interessen zuwiderhandeln zu dürfen. Alle Verwaltungshandlungen sind mindestens durch die allgemeine Rechtsnorm: „Tue was Du glaubst, dass es durch das öffentliche Wol bedingt ist", gebunden, und da „Rechtsprechen" nichts Anderes heisst, als eine Rechtsnorm zur Anwendung bringen, so lässt sich nicht absehen, warum die Anwendung dieser allgemeinen Rechtsnorm keine Rechtsprechung sollte sein können. Wie wir oben gefunden haben, dass die Civil- und Strafgerichte unzälige-

---

[10]) Ich spreche hier blos von den Verwaltungsgerichten; derselbe Satz gilt jedoch von allen Arten der Rechtscontrole, insbesondere auch von jener, welche durch die Handhabung des Oberaufsichtsrechtes geschieht. In Sachen des technischen Ermessens ist dasselbe, sofern nur überhaupt concrete Rechtsverhältnisse in Frage stehen, unzulässig. Siehe darüber die weiteren Ausführungen in § 16.

male Fragen rein technischen Ermessens zu beantworten haben, ohne dass der Charakter ihrer Rechtsprechung darunter leidet, genau so liegt die Sache im Verwaltungsrecht.

Hiermit soll natürlich durchaus nicht gesagt sein, dass in allen derlei Sachen Recht gesprochen werde. Man käme sonst zu jener Gneistschen „unwissenschaftlichen" Formel, dass alle Verwaltung „Jurisdiktion" sei. Viel wäre damit nicht gewonnen; man tauschte nur ein neues Wort für den alten Begriff ein.

Gewiss ist also das Eine: im freien Ermessen kann das Kriterium nicht liegen, durch welches sich die Begriffe „Rechtsprechung" und „Verwaltung" unterscheiden.

## Liegen Merkmale der Rechtsprechung in der gerichtlichen Competenz oder in gewissen subjektiven Qualifikationen der rechtsprechenden Organe?

### § 5.

Die Beantwortung dieser Fragen richtet sich vorerst darnach, ob man de lege ferenda oder de lege lata spricht. Handelt es sich darum, wie die Rechtsprechung im öffentlichen Recht zu organisiren oder zu verbessern sei, so ist es ziemlich gleichgiltig, wie die rechtsprechende Instanz genannt wird. Man ist allerdings gewöhnt, mit dem Wort „Gericht“ eine bestimmte Art der behördlichen Tätigkeit, des Verfarens und der subjektiven Qualifikation des Beamten zu verbinden.

Unzweifelhaft kann aber die Gesetzgebung eine „richterliche“ Tätigkeit in diesem Sinne Behörden zuweisen, die sie nicht „Gerichte“ nennt. Wenn in Deutschland die Ausdrücke „richterliche Tätigkeit“ und „Rechtsprechung“ seit Beginn dieses Jahrhunderts als identisch genommen werden, so lässt sich diess zwar historisch erklären, ein innerer Grund ist dafür aber nicht aufzufinden. Es sei hier nur ganz beiläufig hervorgehoben, dass die historischen Gründe dieser Identifizirung einerseits in dem Zustande des Verwaltungsrechtes im absoluten Staate, andererseits in der literarischen Reformbewegung, welche mit Anfang dieses Jahrhunderts beginnt, zu suchen sind.

Es entsprach der ständischen Gesellschaftsordnung, staatliche Hoheitsrechte als Privatrechte der herrschenden Classen und des Souveräns aufzufassen, und nur eine Consequenz dieses Gedankens ist es, wenn die Verwaltung als eine von Rechtsnormen nicht bedingte freie Tätigkeit zur Verwirklichung der Interessen des Souveräns betrachtet wurde. Eine Verwaltung, welche nicht im Bewusstsein dessen handelt, dass sie Rechtsnormen bei all ihrer Tätigkeit erfülle, kann freilich nicht „Recht sprechen“.

Nun ist allerdings weder das eine noch das andere Prinzip zu jener Zeit scharf zum Ausdruck gelangt. Bei dem untergeordneten

Verwaltungsorganen deshalb nicht, weil ihre Tätigkeit von jeher zwar nicht der Staatsidee, wol aber dem Souverän dienstbar, somit allerdings durch Rechtsnormen (wenn auch nicht durch solche publici juris) bedingt war; beim souveränen Chef der Verwaltung deshalb nicht, weil zwischen den Prinzipien: „L'État c'est moi“ und „Ich bin der erste Diener des Staates“ so viel Zwischenstadien existirten, als fürstliche Individualitäten das deutsche Volk beglückten. Der Prozess, durch welchen die Idee einer prinzipiellen Gebundenheit aller Staatsorgane inbegrifflich des Souveräns an Rechtsnormen zum Durchbruch gelangt, ist begreiflicherweise ein sehr langsamer, und es wäre wol die Frage aufzuwerfen, ob wir ihn heute in Allem und Jedem schon hinter uns haben.[1])

Wie alle wichtigeren Vorgänge im Staatsleben, so fand auch dieser Systemwechsel sein getreues Spiegelbild in der Literatur. Er gibt der publizistischen Literatur der letzten hundert Jahre sein Gepräge und zwar nach zwei Richtungen, die sich zwar in den positiven Reformvorschlägen, nicht aber in den Endzielen derselben unterscheiden.

Die eine derselben verfolgt die Abschaffung der Administrativjustiz, die andere die Schaffung von Verwaltungsgerichten. Die Opposition gegen die sogenannte Administrativjustiz ist genau genommen nur eine Seite des Kampfes einer neuen Zeit mit der im Absterben begriffenen ständischen Gesellschaftsordnung. Scheinbar wurde freilich nur um die Frage gestritten, welche Gegenstände vor dem Gerichte und welche vor der Verwaltung zum Austrag zu bringen seien. Im Grossen und Ganzen aber kamen dabei doch die Grenzen zwischen Privat- und öffentlichem Recht in Frage, weil sich kein Staat auf die Dauer einer derartigen Competenzregulirung entziehen kann, dass die Sachen des öffentlichen Rechts und nur diese der Verwaltungscompetenz zuzufallen haben. Man fühlte, dass in gewissen Verwaltungsagenden Recht gesprochen werden müsse und suchte den Fixpunkt dafür in dem Begriff der „Justizsache“, deren charakteristische Kriterien zu bestimmen eine ganze Literatur sich vergebens abmühte. Es ist klar, dass diess Bestreben fruchtlos bleiben musste, weil die Frage, ob eine Sache vor die Gerichte gehöre oder nicht, de lege ferenda überhaupt nicht zu beantworten ist. Es gibt dafür nur Zweckmässigkeitsgründe, welche nach Zeit, Land und Volk wechseln müssen und

[1]) Ich denke dabei nicht nur an die Fälle eines absolutistischen Atavismus, sondern auch an gewisse wissenschaftliche Theorien, welche die diskretionäre Verwaltung als wirklich „frei“, das heisst durch Rechtsnormen nicht beeinflusst, betrachten. Derlei Ansichten führen, wenn auch unbeabsichtigterweise, consequent zu Ende gedacht, geraden Wegs zur privatrechtlichen Auffassung der Staatsgewalt, wie sie das Mittelalter beherrschte.

sich a priori nicht feststellen lassen. Man ging dabei von der vermeintlich selbstverständlichen Voraussetzung aus, dass es eine andere Rechtsprechung, als jene der Gerichte nicht gebe und es erscheint diess begreiflich, wenn man erwägt, dass die Idee der prinzipiellen Gebundenheit aller Staatsorgane an Rechtsnormen eben erst zum Durchbruch gelangte. Wenn nun auch das theoretische Ergebnis jener Untersuchungen ein unbefriedigendes ist, so hatten dieselben doch erhebliche praktische Consequenzen, indem dem Drucke der öffentlichen Meinung nachgegeben und eine Reihe von Angelegenheiten aus der Competenz der Verwaltungsbehörden ausgeschieden und der gerichtlichen Competenz unterstellt wurde. So wünschenswert diese Reform gewesen sein mag, so hat sie doch den Nachteil mit sich gebracht, dass die rechtsprechende Funktion der Verwaltung in den Hintergrund trat und zwar um so eher, als sie gerade bei den Administrativ-Justizsachen, wo gewöhnlich mehrere Parteien mit divergirenden Interessen einander gegenüberstehen, recht augenfällig sein musste.

Das zweite Ziel, das jene literarische Bewegung vor Augen hatte, war die Schaffung einer besonderen Organisation der Rechtsprechung in Sachen des öffentlichen Rechts. Mit der Ausscheidung gewisser damals privatrechtlich aufgefasster Rechtsverhältnisse war eben noch wenig getan; es galt, auch einen wirksamen Rechtsschutz für solche Angelegenheiten zu organisiren, die nicht privatrechtlicher Natur waren. Das Schwergewicht lag hier in der Zusammensetzung der Rechtsmittel-Instanzen und der Art des Verfarens vor denselben. Ein sehr begründetes Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der damaligen Ministerialverwaltung und eine damit Hand in Hand gehende überschwengliche Schätzung der gerichtlichen Judikatur brachte es mit sich, dass allseits die Einsetzung von Gerichten, sei es von ordentlichen Gerichten, sei es von speziellen Verwaltungsgerichtshöfen, gefordert wurde, welche in letzter Instanz über die der Verwaltung zur Last gelegten Rechtsverletzungen entscheiden sollten.

Die Judicatur über die von der Verwaltung begangenen Rechtsverletzungen bietet in der Tat so starke Analogien mit der gerichtlichen Tätigkeit, dass die Bezeichnung dieser Controleinstanzen als „Gerichte“ erklärlich ist. Denn sowie man sich mit dem Gedanken vertraut gemacht hatte, dass die Verwaltungsbehörden die angegriffene Gesetzmässigkeit ihrer Massregeln vor einer ausserhalb des Verwaltungsorganismus stehenden Instanz zu verteidigen haben, so lag es nahe genug, die Tätigkeit dieser letzteren als die Entscheidung eines Streites zwischen dem Verletzten und dem Verletzenden aufzufassen; Streitentscheidung ist ja hauptsächlich die Funktion der Gerichte.

Diese Auffassung hatte aber wiederum den Nachteil, dass die rechtsprechende Funktion der Verwaltungsbehörden noch unkenntlicher wurde. Denn es ist nicht zu bezweifeln, dass die Tätigkeit dieser neu geschaffenen Controleinstanzen eine weitaus vollkommenere Rechtsprechung sein musste, als jene der Verwaltungsbehörden, weil die Art des Verfarens und die Zusammensetzung der neuen Gebilde erheblich grössere Garantien für die Richtigkeit und Unparteilichkeit ihrer Aussprüche gewährte. Man vergass aber dabei, dass gerade die Schaffung dieser neuen Controleinstanzen auch die Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden im höchsten Grade verbesserte, indem sie nicht nur die Möglichkeit einer Repression des Unrechts schuf, sondern zugleich präventiv wirkte und so manche Gesetzwidrigkeit verhinderte.

Wird nun gesagt, die Verwaltung könne nicht Recht sprechen, weil sie nicht über ihre eigenen Rechtsverletzungen zu Gericht sitzen könne, so ist diess zwar gewiss richtig, aber, wie schon im vorigen Paragraph ausgeführt wurde, hat man dabei nur die Rechtsprechung der Controleinstanzen, nicht aber jene der Behörden im Auge. Diese letztere ist eben eine ganz andere Art der Rechtsprechung. Dort geht die Entscheidung dahin, die Verwaltung habe eine Rechtsnorm verletzt oder nicht verletzt, hier wird ausgesprochen, dass ein conkreter Tatbestand die Anwendung dieser oder jener Rechtsnorm bedinge; dort ist der Tatbestand allemal einer und derselbe: die behördliche Entscheidung; hier wird er von der Vielgestaltigkeit der Lebensbeziehungen gebildet, deren Regelung der Verwaltung überantwortet ist. Dass zugleich die Wahrnehmung öffentlicher Interessen der Verwaltung zur Pflicht gemacht ist, kann an der Natur ihrer geistigen Tätigkeit Nichts ändern[2]), denn die Rechtsordnung hat es ja in der Hand, dem Ermessen der Behörden fixe Grenzen zu ziehen. Innerhalb dieser Grenzen ist ihre Tätigkeit Anwendung einer Rechtsnorm, kann somit auch Rechtsprechung sein.

Was nun endlich die bei der Verwaltung vermissten Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit betrifft, so ist daran zu erinnern, dass die derzeit in den Verfassungen gewährten Garantien dieser Art denn doch sehr jung sind und dass es kaum ernst zu nehmen ist, wenn wir über der kurzen Spanne Zeit, während welcher die so oft berufenen „Segnungen“ der constitutionellen Ära uns beglücken, der Zeiten vergessen wollten, wo man sich ohne diese „Segnungen“ sehr

---

[2]) Auch die Gerichte verfolgen ja nicht selten öffentliche Interessen, so in Statusangelegenheiten und in Strafsachen. Vgl. oben S. 37 ff.

wol fühlte, Gerichte und eine ganz treffliche Rechtsprechung besass.[3]) Hat doch beispielsweise in Österreich erst das Hofdekret vom 8. Jänner 1795, Nr. 212 J. G. S., dem Richterspruch des Souveräns ein Ende bereitet und musste doch hier bis 1837 die kaiserliche Genehmigung eingeholt werden, wenn die oberste Justizstelle gleichlautende Entscheidungen der unteren Instanzen abändern wollte, und nach dem Einführungspatent zu der noch heute geltenden Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 hatten die Gerichte in zweifelhaften Fällen überhaupt die Entschliessung des Kaisers einzuholen.

Es sei zugegeben, dass die Judikatur der heutigen Gerichte besser und unabhängiger ist, als ehedem. Wollte man aber nur die vollkommene Judikatur als Rechtsprechung gelten lassen, so bliebe dieser Begriff ein pium desiderium. Denn wann könnte man in abstracto richterlichen oder behördlichen Emanationen überhaupt diese Eigenschaft zuschreiben und wer sollte in concreto über deren Unvollkommenheit befinden?

Jedes Volk und jede Zeit hat eine ihrer Culturstufe entsprechende Rechtsprechung. Klagen über Parteilichkeit werden trotz aller Garantien nie ganz verstummen, weil die Organe der Rechtsprechung eben auch Menschen sind, deren Pflichtgefühl bei einer gewissen Intensität divergirender Interessen diesen weichen wird. Nur in der Art dieser Interessen und der durchschnittlichen Grenze ihrer Wirksamkeit liegt das wechselnde Element. Wie sollte es uns nun beifallen, den Verwaltungsbehörden die Fähigkeit zur Rechtsprechung deshalb abzuerkennen, weil ihr innerer Wert hinter der Judikatur der Gerichte zurücksteht?

Nun sehe man aber, wie gerade mit diesem relativen Wertsunterschied hie und da die Verneinung der eben aufgeworfenen Frage gerechtfertigt wird. Bähr (a. a. O. S. 69) erklärt rundweg: „Man kann die Ent„scheidungen der Verwaltungsbehörden nicht als Richtersprüche gelten „lassen, weil bei ihnen kaum weniger als alle Garantien fehlen, welche „man als Bedingungen der Rechtsprechung anzusehen gewohnt ist.“ [4]) Denselben Gedanken, nur in veränderter Form, spricht Gneist aus, dessen vage Formeln man ja in den verschiedensten Richtungen ver-

[3]) Vgl. Stengel in Hirths Annalen, 1875, S. 1357.

[4]) Der naiven Empfindung ist es sogar unverständlich, warum persönliche Interessen den Richtenden an der Ausübung amtlicher Funktionen verhindern sollen. So manche Einrichtungen der Volksrechte sind unter diesem Gesichtspunkt, der uns heute ganz fremd geworden ist, erklärlich, z. B. das judicium parium inter pares, die Blutrache. Subjektive Befangenheit ist noch nicht Ungerechtigkeit. Als Commentar hiezu darf ich mich wol auf

treten kann, wenn er in der Gewährung „gleichen Masses" das Kriterium der Rechtsprechung finden will. Es ist schon früher erwähnt, dass von diesem Gesichtspunkt aus reine Verwaltung nur insoweit vorläge als sie parteiisch ist. Nicht nur die Verwaltung, auch der Richterspruch [5]), ja alle Emanationen der Staatsgewalt überhaupt, inbegrifflich der Gesetzgebung, müssen mit gleichem Masse messen. Gleiches Mass halten ist daher kein charakteristisches Merkmal der Rechtsprechung und die gesetzlichen Einrichtungen, welche es verbürgen, können die Rechtsprechung nur verbessern, nicht schaffen.

---

die schönen Verse Calderon's berufen, der im „Richter von Zalamea" (Übers. von J. D. Gries, Cotta'sche Ausg. II, S. 289) die diessbezüglichen Empfindungen des naiven Dorfrichters lebenswahr schildert:

Don Lope.
Dieser Richter ist der Vater
Auch zugleich.
Crespo.
Was liegt daran?
Wenn in solchem Fall ein Fremder
Kommt und sich bei mir beklagt,
Werd' ich ihm nicht Recht erweisen?
Ja! — Was fällt mir denn zur Last,
Wenn ich tat für meine Tochter,
Was für jeden ich getan? . . . . . .
Untersuche man die Akten,
Ob etwas versehn im Gang
Des Prozesses, ob man sage,
Dass ich Unterschleif gemacht,
Ob die Zeugen ich verleitet,
Ob mehr als ich hier gesagt,
Steht geschrieben. Ist's nicht so,
Lasst mich tödten. . . . . . .
König.
Rechtlich ward der Tod erkannt.
Und nichts tut ein Fehl im Kleinern.
Wenn man nur den Hauptpunkt traf.

[5]) Auf der Anname, dass diess nur der Richterspruch könne, ruhen z. B. die Schriften Schmitt's, der es geradezu als selbstverständlich ansieht, dass die Verwaltungsbehörden wegen der ihnen obliegenden Verfolgung öffentlicher Interessen unfähig seien, Recht zu sprechen. Allein man darf das Kind nicht mit dem Bade verschütten. Die Postulate der allerneuesten Reformbewegung können nicht einen Massstab bilden zur Beurteilung des geltenden Rechtes, das, aus früheren Zeiten und Culturepochen stammend, sich erst langsam und allmälig jenen Reformidealen nähert.

## Liegen im „Streite“ oder im „Gegenüberstehen mehrerer Beteiligter“ oder in einer geschehenen „Rechtsverletzung“ Merkmale der Rechtsprechung?

§ 6.

Behauptungen dieser Art sind oft genug aufgestellt worden. Allerdings wurden obige Fragen nicht in der Form gestellt, wie hier, sonst wäre die Beantwortung nicht so strittig geblieben. Man zog immer wieder die Frage nach der „Justizsache“ herein und ventilirte in Folge der beständigen Verwechslung von „Justiz“ und „Rechtsprechung“ die Beziehungen jener Momente zu einem unklaren Begriff, der zwischen „richterlicher Tätigkeit“ und „Rechtsprechung“ hin und herschwankte. In diesem Sinne ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen „Streit“ und „Justiz“ eine alte. Schon Weiler (Über Verwaltung und Justiz, 1830) erklärt, der Streit sei die wesentliche Vorbedingung der „Justiztätigkeit“. Alle privatrechtlichen Angelegenheiten, die nicht streitig seien, müssten unter die Verwaltungssachen gereiht werden. „Dass eine Sache streitig geworden sein muss, um vom Richter entschieden zu werden, versteht sich von selbst, da das Unstreitige keiner Entscheidung bedarf.“ Mit der nicht anzuzweifelnden Erscheinung, dass auch Verwaltungssachen streitig werden können, findet sich Weiler in sehr einfacher Weise ab, indem er sagt, in solchem Falle sei die Verwaltung eben „Justiz“. Die Entscheidung streitiger Verwaltungssachen sei die „Administrativjustiz“. Auch Pfizer („Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- nnd Civiljustiz“, 1828); Funke (Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, 1838) und viele ältere Autoren sahen die Entscheidung über bestrittene „oder“ verletzte Rechte als Kriterium der Justiz an, wie neuestens Sarwey (a. a. O. S. 2) als das der Rechtsprechung.

Allein diese Ansicht setzt sich mit der nicht wegzuläugnenden Tatsache in Widerspruch, dass die Gerichte nicht nur bei Erledigung

mancher der sogenannten nicht streitigen Angelegenheiten, sondern selbst im Civilprozess oft genug ohne vorhergegangenen Streit Recht sprechen müssen; ja die eigentliche Streitentscheidung bildet numerisch nur einen kleinen Bruchteil der gerichtlichen Amtstätigkeit. Ein Akt der Rechtsprechung par excellence ist nach einem allseits eingebürgerten Sprachgebrauch sicherlich das gerichtliche „Urteil".[1]) Nun fällen die Gerichte „Urteile", auch wenn der Geklagte Rede und Antwort nicht gegeben oder den Klageanspruch zugestanden hat.[2]) Die Strafgerichte sprachen bis vor Kurzem Urteile ohne einen Streit zwischen Ankläger und Angeklagten, wie es heute noch Seitens der Polizeistrafbehörden geschieht. Auch dort, wo das Anklageprinzip consequent durchgeführt wurde, wie in Österreich seit der Strafprozessordnung von 1873, hat der Streit im Strafverfaren eine recht minimale Bedeutung. Die aus dem englischen Strafprozess, wo die Sache freilich ein anderes Gesicht hat, herübergenommene Frage an den Angeklagten, ob er „guilty" oder „not guilty" plaidire, befreit den Vorsitzenden lediglich von der Pflicht, dem Angeklagten zu „einer zusammenhängenden Darstellung des Sachverhalts" das Wort zu erteilen. Weder hinsichtlich der Beweiserhebung noch hinsichtlich der Entscheidung über die Schuldfrage hat es einen Einfluss, ob zwischen Ankläger und Angeklagtem ein wirklicher Streit entsteht.

Schon hieraus ersieht man, wie unrichtig der Satz ist, dass „das Unstreitige keiner Entscheidung bedarf". Diess gilt nicht einmal für den Civilprozess; denn auch bei Contumaz des Geklagten ist der Richter nur an den klägerischerseits vorgebrachten Tatbestand gebunden; die Subsumtion des letzteren unter die angerufene Rechtsnorm ist Sache des Richters.

Umgekehrt gibt es genug streitige Sachen, die von den Gerichten im sogenannten „nicht streitigen" Verfaren erledigt werden. Dieser Ausdruck findet überhaupt seine Erklärung nur in der Anleh-

---

[1]) Es sei hier erwähnt, dass es auf die Natur des gerichtlichen Aktes ohne allen Einfluss ist, ob er „Urteil" heisst oder nicht, da diese Terminologie von Zufälligkeiten abhängt. Nach österreichischem Recht ergeht über die Exekutivklage bei Contumaz und Geständnis ein Bescheid, im ordentlichen Verfaren ein Urteil; dagegen ergeht im Besitzstörungsverfaren auch nach durchgeführtem Streit stets nur ein Bescheid. Selbst prozessleitende Verfügungen (Beiurteile, Beweisinterlokute) ergehen in Urteilsform im ordentlichen, dagegen in Bescheidsform im summarischen Verfaren.

[2]) Über die Gründe der Erscheinung, dass in den Civilprozesssystemen immer nur vom „Rechtsstreit" gesprochen und beim Mangel eines solchen eine Einlassung fingirt wurde; siehe Bülow im Arch. f. civ. Pr. 62. Bd., S. 20.

nung an die römische „jurisdictio voluntaria". In Wirklichkeit ist, wie mehrfach auseinandergesetzt wurde, für diese Scheidung (wenigstens nach unserem heutigen Recht) massgebend, ob eine Massregel präventiven oder repressiven Charakter habe. Im offiziosen Verfahren wird beispielsweise bei uns der Streit mehrerer Prätendenten um eine Vormundschaft, der Streit darüber, wer bei widersprechenden Erbserklärungen im Klagswege aufzutreten habe, der Streit um die Gewährung und die Höhe der Mitgift, der Streit um die Pflicht, dem Gatten oder Vater in dessen Behausung zu folgen nach Umständen die Entmündigung u. s. w. entschieden.

Wer könnte aber zweifeln, dass in den eben erwähnten Fällen das Gericht im offiziosen Verfaren Recht spreche? Ist es also nicht der Streit, der das Kriterium der gerichtlichen Rechtsprechung bildet, so muss es vor Gericht eine solche auch geben, wo im offiziosen Verfaren ein Streit nicht vorkam. So sind die unstreitigen Entscheidungen der Gerichte in Grundbuchssachen zweifellos Agenden der Rechtsprechung, ebensowol die nichtstreitige (wie die streitige) Todeserklärung, die Amortisation, die Meistbotsverteilung. Andere Fälle der Rechtsprechung in nicht streitigen Sachen des Civil- und Strafprozesses sind die Mandate, denen nicht einmal ein rechtliches Gehör des Belangten vorhergeht.

Daraus ergibt sich, dass es für die gerichtliche Rechtsprechung ohne Belang ist, ob ein Streit vorliege oder nicht.

Und diess trifft denn auch für das Verwaltungsrecht zu, wo der Streit in den meisten Fällen ganz so in den Hintergrund tritt, wie in der Strafrechtspflege, ja zum Teile noch augenfälliger.

Streitig ist, was bestritten wird, nicht was bestritten werden kann. Wollte man im Streit das Kriterium der Rechtsprechung erblicken, so läge es in der Macht der Parteien, zu verhindern, dass über eine Sache durch Rechtsprechung entschieden werde, indem sie einen Streit nicht beginnen. Man käme damit dahin, dem Geständnis der Parteien eine Bedeutung beizulegen, welche es im öffentlichen Recht ebenso wenig besitzen darf, wie im Strafrecht. Liegt es im öffentlichen Interesse, eine Frage durch einen Akt der Rechtsprechung zu lösen, so kann diess Recht der Verwaltung durch Parteien nicht genommen werden. So muss über die Zulässigkeit eines Baues, einer Wasser- oder gewerblichen Betriebsanlage von Amtswegen entschieden werden, auch wenn die Parteien die begehrte Anlage nicht bestreiten.[3]) Ebenso über das Hei-

[3]) Vgl. hiezu V. G. H. 1753, wo derselbe Satz hinsichtlich der Frage ausgesprochen wird, ob die Notwendigkeit einer Eisenbahnzufahrtsstrasse von Amtswegen im Entscheidungswege festgestellt werden muss.

matsrecht, wenn es bei Walen oder bei einer Volkszälung u. dgl. nötig wird, dasselbe von Amtswegen festzustellen.

Die Consequenzen der Entscheidungen sind im Verwaltungsrecht häufig so andauernde, sie erstrecken sich auf so viele Angelegenheiten und auf so grosse Kreise von Interessenten, dass hier die Bestreitung noch weit weniger wirksam sein darf, als im Strafrecht das „guilty“ oder „not guilty“ des Angeklagten. Freilich gibt es auch im Verwaltungsrecht Rechtsfragen, hinsichtlich deren die Parteien ein Dispositionsrecht haben, wie im Privatrechte, so insbesondere, wenn es sich um Leistungen publici juris handelt, deren Affirmation blos im Interesse der Gesammtheit, deren Negation blos im Interesse des Einzelnen liegt. In solchen Fällen wird je nach Beschaffenheit der einschlägigen Rechtsnormen die Anerkennung oder das Geständnis die behördliche Entscheidung über die Frage entbehrlich machen; die erfolgte Bestreitung aber zu einem allgemeinen Kriterium der Rechtsprechung zu machen, enthält eine Übertreibung, die sich nur damit erklären lässt, dass geraume Zeit hindurch die Verhältnisse des öffentlichen Rechtes in privatrechtliche Schemata gezwängt wurden und dass man das Bedürfnis nach einem civilprozessualisch gestalteten öffentlichen Aktionenrecht lebhaft genug empfand, um die Eigenartigkeit der ersteren geradezu zu ignoriren.

Wie Lemayer (in Grünhut's Ztschr. XII, S. 213) sehr treffend bemerkt, ist keine Verwaltungsangelegenheit an sich „streitig“ oder „nicht streitig“ und jede kann aus dem einen in das andere Stadium übergehen. Ja selbst nach Fällung der Entscheidung kann die Sache streitig werden, wenn Drittbeteiligte im Rechtsmittelverfaren mit divergirenden Behauptungen auftreten. Derlei Erscheinungen sind bei der unumgänglichen freieren Gestaltung des administrativen Prozesses nicht zu vermeiden und können gewiss auf die Natur des Verwaltungsaktes nicht zurückwirken. Es handelt sich hier, wie nicht oft genug betont werden kann, zum grossen Teile nicht um Feststellung der Aktionsgrenze zwischen zwei collidirenden subjektiven Rechtssphären[4]), sondern um die Verwirklichung öffentlicher Einrichtungen,

[4]) Es ist daher müssig, darüber nachzudenken, ob der Streit „eigentlich“ mit der Verwaltung oder mit der Gegenpartei geführt wird, wie diess bei Rösler in Grünhut's Ztschr. IV, S. 333 geschieht. „Eigentlich“ ist eben gar kein formeller Rechtsstreit vorhanden. In Frankreich ist daher der Implorant mit Recht nicht verhalten, eine Gegenpartei namhaft zu machen, wenn er Beschwerde an die Verwaltungsgerichte erhebt. Wenn Rösler a. a. O. ausführt, nur eine „scheinbare“, keine wirkliche Adcitation liege dort vor, wo bis dahin eine Gegenpartei nicht vorhanden war, es werde also erst durch die Beiladung „ein wirklicher Parteienstreit“ geschaffen, die Gegenpartei müsse aber zum Streit vorgeladen werden, weil ohne

welche häufig mit den rechtlichen Interessen Einzelner derart in Contakt treten, dass die sie bedingenden Rechtsverhältnisse durch besondere Entscheidung festgestellt werden müssen, weil es die Gesetze so heischen.

Damit ist denn gleich über die weitere Frage entschieden, welchen Einfluss das „Gegenüberstehen mehrerer Beteiligter" habe.

Hierin ein Begriffsmerkmal der Rechtsprechung zu finden, hiesse nichts Anderes, als nicht dem wirklichen, sondern dem befürchteten Streit einen massgebenden Einfluss auf das Verfaren und die Art des administrativen Aktes einräumen. Es wäre diess geradezu ungereimt, wenn man bedenkt, dass in allen Sachen des öffentlichen Rechtes sich „Beteiligte" in grösserer oder geringerer Zal gegenüberstehen und dass es hier keine Angelegenheit gibt, an der nicht die Gesammtheit in irgend einer Art interessirt ist.[5]) Divergirende Parteiinteressen bewirken nichts Anderes, als dass die Interessen einer oder

---

sie der Streit in erschöpfender Weise gar nicht geführt werden könne, so zeigt sich hierin nur die völlige Unbrauchbarkeit des Streitbegriffes für das Administrativverfaren. Rösler irrt schon darin, dass er meint, der Streit entstehe durch die Beiladung. Gewiss nicht; der Beigeladene kann ja ausbleiben oder mit dem Begehren einverstanden sein. Nicht durch die Ladung, sondern eben durch das Streiten entsteht der Streit und beigeladen muss werden, nicht weil daraus der Streit entsteht, sondern weil die Rechtsordnung dem Dritten Parteirechte eingeräumt hat. Ob ein Parteienstreit oder ein Streit mit der Verwaltung allein vorliegt, ist meines Ermessens ganz irrelevant; die Stellung der Verwaltung wird dadurch keine andere, dass und wenn zwei Parteien miteinander in Streit geraten. Rösler geht von der entgegengesetzten Ansicht aus, weil er übersieht, dass die Verwaltung, so oft sie einen Akt der Rechtsprechung durch Instruktion vorbereitet, immer zugleich rechtsprechende Behörde und Vertreterin von Parteiinteressen, nämlich der Interessen der Gesammtheit der Verwalteten, ist und dass diese Interessen dadurch keine anderen werden, noch weniger aber aufhören können, dass und wenn einzelne begünstigte Interessenten ihre eigenen Parteiinteressen zur Geltung bringen. Was Rösler eine „scheinbare" Beiladung nennt, ist ganz identisch mit der von ihm sogenannten „wirklichen". —

Der Gedanke, der in dem Worte „bei" liegt, richtet sich nicht gegen die Partei, sondern gegen die Verwaltung. Diese, nicht die gerade zufällig einschreitende Partei ist Vertreterin der Hauptinteressenten, Hauptpartei; „neben" ihr erscheinen alle Parteien als Nebenparteien; dass der gerade Einschreitende nicht auch „beigeladen" wird, rührt daher, dass er eben seine Parteirechte durch sein Einschreiten schon geltend gemacht hat; er wird aber durch das letztere durchaus nicht zur Hauptpartei, der gegenüber der Dritte als Nebenpartei erscheinen würde; alle beide sind Nebenparteien. Wenn Rösler S. 340 meint, die Behörde sei in solchen Fällen „zwar Streitteil, aber nicht Partei", so gestehe ich, dass ich mir nicht vorstellen kann, was mit dieser Unterscheidung gemeint ist.

[5]) Diess Moment wird häufig übersehen und nur dadurch erklärt es

einiger Parteien mit jenen der Gesammtheit coincidiren können, wodurch die öffentlichen Interessen seitens dieser Parteien eine Art unwillkürlicher Vertretung finden. Die Behörde kann dann die öffentlichen Interessen minder energisch vertreten, und es fällt die entscheidende Tätigkeit mehr in die Augen. Nichtsdestoweniger ist wirkliche Rechtsprechung auch in den Fällen denkbar, wo nur ein Beteiligter den öffentlichen Interessen gegenübersteht. Jedermann rechnete beispielsweise gewiss das Urteil des Strafgerichtes auch in jenen Zeiten zur Rechtsprechung, wo es im Strafverfaren einen Staatsanwalt und damit mehrere Parteien noch nicht gab, und es geschieht diess heute noch im Verwaltungs- und Polizeistrafverfaren, wo ein öffentlicher Ankläger auch jetzt nicht fungirt.

Ich sehe nicht ein, inwiefern sich diese Erkenntnisse von jenen unterscheiden, durch welche z. B. über das Vorhandensein eines Militärbefreiungsgrundes, über einen Ersatzanspruch wegen gekeulter Thiere, wegen Kriegsschäden, über die Notwendigkeit der Expropriation u. dgl. entschieden wird. „In eigener Sache“, wie man hie und da zu sagen beliebt, judizirt hier die Verwaltung so wenig wie das Strafgericht; die öffentlichen Interessen aber zu vertreten ist die gleichmässige Aufgabe beider. An der Beschaffenheit ihrer Aussprüche kann dieser Umstand Nichts ändern. Wäre es der Fall, so liesse sich mit der Negation auch vor jenen Sachen nicht Halt machen, bei welchen mehrere Parteiinteressen divergiren; denn auch da hat die Behörde bei ihren Entscheidungen stets die öffentlichen Interessen zu wahren; es geschieht diess nur minder auffällig.[6])

---

sich, dass auch heute noch der vage Begriff der „Parteisache“ in der Spruchpraxis herumspukt. Auch wenn nur Ein direkt „Beteiligter“ vorhanden ist, stehen diesem ungezählte entfernter Beteiligte „gegenüber“ und dort, wo mehrere direkt Beteiligte einander „gegenüberstehen“, stehen diese stets auch zu der Gesammtheit in einem Rechtsverhältnis. Es ist nichts als der Ausdruck dieses letzteren, dass die Rechtsordnung eine Sache als res publici juris ansieht; dagegen fehlt jene Interessenbeziehung der Gesammtheit zu den näher Interessirten, wenn ein Privatrechtsverhältnis vorliegt. Es gibt daher im Verwaltungsrecht keinen Streit nur zwischen Parteien, es wäre denn, dass die öffentlichen Interessen selbst eine formelle Vertretung durch eine Staatsanwaltschaft oder eine ähnliche Behörde gefunden hätten. Auch wo diess der Fall ist, haben wir nur in der Form, nicht in der Sache, einen Unterschied von jener Situation, in der sich die Rechtsprechung findet, wenn sie, wie in Österreich, von den Verwaltungsbehörden selbst gehandhabt wird. Ich glaube, dass Rösler (a. a. O. S. 340) und Lemayer (in Grünhut's Ztschr. XII, S. 230 ff.) dieser Erwägung nicht genügend gerecht geworden sind.

[6]) So schon Funke (a. a. O. S. 65): Für die Competenz der „Justiz“ kann „nicht massgebend sein, dass Parteien einander gegenüberstehen. „Denn es ist dieser Umstand ohne Einfluss auf das Verhältnis der Gesetz-

Ob also die Behörde das einemal über einen Wildschadenersatzanspruch gegen A, das anderemal über einen Anspruch gegen den Staat auf Ersatz für gekeulte Thiere, das einemal über das zwischen zwei Gemeinden strittige Heimatsrecht, das anderemal über das Staatsbürgerrecht, das einemal über die Pflicht des A zur Zalung einer Gebühr, das anderemal darüber entscheidet, ob A oder B diese Gebühr zu zalen habe, das Alles hat nach meinem Dafürhalten auf die Beschaffenheit der Entscheidung und auf die Frage, ob dieselbe als Rechtsprechung aufzufassen sei oder nicht, gar keinen Einfluss.

In engem Zusammenhang mit der eben bekämpften Ansicht steht es, wenn hie und da auf das Moment der Rechtsverletzung ein übermässiges Gewicht gelegt wird.

Zunächst ist zu erwähnen, dass nicht selten, um den „Streit" als Kriterium der Rechtsprechung aufrecht zu erhalten, in der über Rekurs erfolgenden Entscheidung der höheren Behörde Rechtsprechung gefunden wird. So sagt Pfizer (Die Reform der Verwaltungsrechtspflege S. 50), indem er des Falles gedenkt, da ein Bauwerber mit seinem Gesuche abgewiesen wurde: „er wird an das Ministerium rekurriren; nun haben wir einen Rechtsstreit"; Schmitt steht

---

„anwendung ..."; ferner S. 143: „Das Wesen der auf das Allgemeine bezüg-„lichen Sachen bringt es mit sich, dass es als etwas Zufälliges zu betrachten „ist, ob Beteiligte ..... auftreten, somit die Natur des fraglichen Rechts-„verhältnisses dadurch, dass Gegner vorhanden sind, nicht wesentlich alterirt „wird."

Neuestens hat wieder Lemayer, wie in Note 5 bemerkt wurde, in Grünhut's Ztschr. XII, S. 230 den entgegengesetzten Standpunkt vertreten, indem er Gewicht darauf legt, ob „der Streit nur zwischen Einzelpersonen schwebt und die Behörde nur als ein richtender Dritter einschreitet, oder ob sie selbst auch der andere Teil ist, gegen welchen die Partei ihre Rechte und Interessen verfolgt. Hierin liegt das punctum saliens; ich glaube, es gibt keine Angelegenheit des öffentlichen Rechtes, wo die Behörde nur als richtender Dritter einschreitet, so lange die öffentlichen Interessen nicht durch einen Staatsanwalt oder besonderen Commissär vertreten werden. Wenn beide Funktionen in einer Hand vereinigt sind, lässt sich eine derartige Stellung der Verwaltungsbehörde, wie sie Lemayer supponirt, nur dort denken, wo ein Privatrechtsverhältnis kraft singulärer Bestimmung von der Verwaltung erledigt wird, wie in Dienstbotenstreitigkeiten u. dergl. In der Tat stellt Lemayer (a. a. O. S. 231) beide Kategorien einander gleich; ich glaube aber nicht, dass es Sachen publici juris gibt, wo „das miteinschreitende öffentliche Interesse bei jeder Art von Entscheidung gleichmässig versorgt ist"; wie liesse sich sonst die Geltung der Inquisionsmaxime rechtfertigen? Nur ziemlich häufig, durchaus nicht immer, stimmen in solchen Fällen die Interessen eines oder mehrerer Beteiligter mit denen der Gesammtheit überein.

eigentlich auf demselben Standpunkte, wenn er (Grundlagen S. 124) ausführt, zwei Privatpersonen könnten sich unter einander in einem „Verwaltungsrechtsstreite“ gar nicht befinden, weil ein solcher nur mit der Verwaltung möglich sei. Ja alle Autoren, welche den Satz aufstellen, es gebe nur eine Rechtsprechung, nämlich jene über verletzte Rechte (vgl. oben § 5) gehen augenscheinlich von der Voraussetzung aus, dass die angerufene höhere Instanz mit der Erledigung des Rekurses einen Streit zwischen dem in seinen Rechten verletzten Rekurrenten und der abweisenden Behörde entscheide. Diese Ansicht ist aber unhaltbar. Wem fällt es wol bei, in der Appellation an die Gerichte höherer Instanz einen Streit zwischen Appellanten und erster Instanz zu erblicken? Ein Widerstreit der Ansichten zwischen beiden ist wol vorhanden, wir sind aber nicht gewohnt, hier von einem Rechtsstreit zu sprechen, weil hergebrachtermassen dieser Begriff voraussetzt, dass die Streitenden gleichartige Interessen in einem contradiktorischen Verfaren vor der entscheidenden Instanz zu vertreten Gelegenheit haben. Wenn das Gericht erster Instanz dem Appellanten vor der höheren Behörde gegenüberstände und ein Vertreter desselben dort den Standpunkt des Gerichtes erster Instanz vertreten würde, dann wäre es allerdings am Platze, hier von einem „Rechtsstreit“ zu reden; nicht aber, wenn die Ansicht der höheren Behörde einfach an Stelle der angefochtenen Sentenz gesetzt wird.

Wie schon in § 5 bemerkt wurde, unterliessen es die Vertreter dieser Richtung ganz und gar, zu überlegen, wie es denn mit den Entscheidungen der ersten Instanz aussehe; ob denn nicht die Sentenz derselben unter Umständen Rechtsprechung enthalten können, wenn ein Rechtsmittel gar nicht eingebracht wurde und wenn von einer Rechtsverletzung der Verwaltung nicht die Rede sein konnte?

Es wäre noch möglich, als Kriterium der Rechtsprechung die Rechtsverletzung eines Mitbeteiligten zu erblicken.

Allein auch diese Ansicht ist unhaltbar. Denn erstens würden damit jene Fälle ignorirt, wo mehrere Beteiligte nicht vorhanden sind; zweitens ist die geschehene Rechtsverletzung durch Dritte zwar sehr oft, weitaus aber nicht in allen Fällen die Bedingung der verwaltungsbehördlichen Entscheidungen. Selbst wenn man den Begriff der Rechtsverletzung so weit fassen wollte, dass die nicht erfolgte Anerkennung des erhobenen Anspruches darunter fiele, träfe man damit doch nicht alle Fälle der Rechtsprechung, weil, wie neuerlich hervorzuheben ist, die Verwaltungsaktion zunächst öffentliche Einrichtungen zu verwirklichen hat, wobei sie an Parteiaktionen nicht gebunden ist. Ob beispielsweise eine öffentliche Schule zu errichten ist, das hängt nicht etwa

davon ab, ob A oder B die gesetzlichen Bedingungen der Neuerrichtung anerkennen oder bestreiten, sondern es muss die Verwaltung diese Bedingungen von Amtswegen feststellen und sohin auf Grund der darüber ergehenden Entscheidung, die Neuerrichtung einer Schule beschliessen. Liegt nun in dieser Entscheidung ein Akt der Rechtsprechung oder nicht? Ich denke, diese Frage lässt sich nicht ernsthaft verneinen.

---

# Ergebnisse.

## § 7.

In den bisherigen Ausführungen haben wir uns bemüht darzulegen, wo die Kriterien der Rechtsprechung nicht liegen. Sie liegen nicht darin, dass eine Sache nicht im technischen Ermessen der Behörde liegt, nicht darin, dass die Judikatur von einem „Gerichte“ oder einem Verwaltungs-„Gerichte“, oder von einer durch besondere gesetzliche Garantien unabhängig gestellten Behörde ausgeht; sie liegen aber auch nicht in der Streitentscheidung, noch auch darin, dass sich mehrere Beteiligte gegenüberstehen oder dass es sich um die Sanirung einer Rechtsverletzung handle. Worin liegen sie also?

Ich denke, die Antwort auf diese Frage ist mit dieser negativen Umgrenzung von selbst gegeben.

„Recht sprechen“ heisst aussprechen, was im conkreten Fall „Rechtens“ ist, somit eine abstrakte Rechtsnorm auf einen Tatbestand in einer Weise anwenden, dass dadurch ein conkretes Rechtsverhältnis festgestellt wird. Die Form, in welcher sich die Rechtsprechung verwirklicht, kann somit nur die Entscheidung sein; denn von allen Formen der Verwaltungstätigkeit ist es nur die Entscheidung, welche diesen Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsnorm zum Ausdruck bringt. Allerdings muss dieser Zusammenhang zum erkennbaren Ausdruck gebracht werden; es muss die Absicht der Behörde ein Rechtsverhältnis festzustellen entweder schon aus der äusseren Form des Aktes oder aus anderen Umständen mit Sicherheit zu entnehmen sein. Es ist ferner mit dem Begriff des Rechtsverhältnisses die Vorstellung untrennbar verbunden, dass die Feststellung desselben nach gewissen, von der Rechtsordnung vorher bestimmten Regeln vor sich gehe, welche die Anwendung der Rechtsnormen auf den einzelnen Fall im Hinblick auf die dadurch tangirten rechtlichen Interessen der

Parteien ermöglichen und gewährleisten. Denn wie könnte sonst ausgesprochen werden, was Rechtens ist?

Wir können also folgende Definition aufstellen:

Rechtsprechung ist jede nach abstrakt geregeltem Verfahren Seitens eines von der Rechtsordnung dazu beauftragten behördlichen Organes vor sich gehende Erklärung, mit welcher die beabsichtigte Feststellung eines conkreten Rechtsverhältnisses zum Ausdruck gebracht wird.

Die Analyse dieser Definition hat sich nach zwei Richtungen zu bewegen, je nachdem man die Art des Zustandekommens der Entscheidung oder diese selbst in Betracht zieht.

Demgemäss ist im Einzelnen Folgendes ins Auge zu fassen:

1. Unerlässliche Voraussetzung der Rechtsprechung ist, dass die Rechtsordnung in abstracto ein die rechtlichen Interessen der Parteien schützendes Verfahren vorgeschrieben hat. Hiemit haben wir sogleich den wundesten Punkt des österreichischen Verwaltungsrechtes berührt, weil der administrative Prozess bei uns gesetzlich sehr lückenhaft geregelt ist. Diess hindert nicht, dass es Rechtsnormen für diesen Prozess gibt, nur sind dieselben grösstenteils im Gewohnheitsrecht, das seinen Ausdruck hier in der behördlichen Praxis findet, zu suchen.

Es ist keine Frage, dass durchaus nicht jeder Verwaltungsaktion ein bestimmtes Verfahren vorausgehen muss. Im Gegenteil, die Fälle, in denen diess nötig und möglich ist, machen gewiss die Minderzal aller Aktionen der Verwaltung aus. Viele polizeiliche Verfügungen, die meisten Beurkundungen und Verordnungen lassen die Durchführung eines geregelten Verfahrens aus Gründen, die oft genug angeführt wurden, nicht zu. Dieser Art ist die Handhabung der sogenannten diskretionären Verwaltung zum grossen Teile, wenngleich sie jenes Gebiet durchaus nicht deckt, welches übrig bleibt, wenn man von der Verwaltungstätigkeit im Allgemeinen die Agenden der Rechtsprechung abzieht. Nur jene Angelegenheiten fallen gewiss nicht hieher, hinsichtlich welcher rechtliche Interessen Einzelner von der Rechtsordnung nicht anerkannt sind. Wenn die Behörde beispielsweise eine Verordnung erlässt, so steht ihr nur die Gesammtheit, nicht aber ein einzelner rechtlicher Interessent gegenüber, der die Befugnis besässe, auf ein bestimmtes Verfahren zu dringen. Gegenstand der Rechtsprechung können also nur solche Angelegenheiten sein, in denen mindestens Ein rechtlicher Interessent der Verwaltung gegenübersteht.

Andererseits gibt es Fälle, in denen die Verwaltung nicht nach ihrem technischen Ermessen vorgehen darf, aber gleichwol ein bestimmtes

Verfahren aus anderweitig zu erörternden Gründen nicht vorgeschrieben ist, wie beispielsweise nach österreichischem Recht der Befel sich zur Militärdienstleistung zu stellen, der Befel eine Gebühr oder Steuer zu bezalen u. dgl. m. Derlei Verfügungen ergehen daher nicht im Wege der Rechtsprechung.

Dagegen ist ein bestimmtes Verfaren und somit die Möglichkeit einer Rechtsprechung in vielen Fällen gegeben, in denen die Behörde nach ihrem technischen Ermessen vorzugehen hat. Gemeinsame Voraussetzung dieser Fälle ist, dass die Rechtsordnung dabei rechtliche Interessen gewisser Parteien anerkennt. Denn damit ist den Parteien das Recht gewährt, bestimmte Formalitäten des Verfarens zu fordern, bei deren Einhaltung sich das letztere in Nichts von dem eigentlichen administrativen Prozess unterscheidet, wo die Parteien bestimmte Rechtsansprüche gegen einander und gegen die Verwaltung besitzen. So erfolgt der Consens zu einer gewerblichen Betriebsanlage, zu einem Baue, unter Umständen auch zu Wasserwerken nach technischem Ermessen der Behörde. Ein Recht auf die Consentirung haben die Parteien nicht, daher auch weder dem Consenswerber im Fall der Abweisung, noch den Drittbeteiligten im Fall der Bewilligung das Recht der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zusteht. Gleichwol muss ein bestimmtes Verfaren vor Erteilung des Consenses eingehalten werden, dessen Ausserachtlassung die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof rechtfertigt; denn nur die Würdigung des Tatbestandes, nicht die Art der Erhebung desselben ist der gesetzlichen Regelung entzogen.

Obwol daher ein derartiger Consens nach technischem Ermessen erteilt oder versagt wird, ist die Entscheidung, die ihn bedingt, gleichwol ein Akt der Rechtsprechung.

2. Das Verfaren, dessen abstrakte Normirung ich als eine Voraussetzung der Rechtsprechung bezeichne, muss vermöge der Tendenz, die es besitzen soll, indem es die rechtlichen Interessen der Parteien zu schützen hat, nach zwei Richtungen geregelt sein.

Erstens hinsichtlich der Feststellung des Tatbestandes, zweitens hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs.

Wenn auch für die Erhebung des Tatbestandes die einfachsten Formen in der Regel genügen, so muss den Parteien doch stets die Möglichkeit gewahrt werden, auf dieselbe Einfluss zu nehmen, Anträge zu stellen, Fragen an Zeugen und Sachverständige zu richten; es muss ihnen auch Gelegenheit geboten werden, die tatsächlichen Ergebnisse in zusammenfassender Darstellung zu besprechen und ihre Rechtsausführungen anzubringen. Man pflegt die Gesammtheit dieser Rechte unter den Begriff der Vernehmlassung zu subsumiren.

Wie schon erwähnt, ist es nicht geradezu erforderlich, dass die Vernehmlassung stets im Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben ist. Unsere Verwaltungsgesetze stammen grossenteils aus Zeiten, wo die rechtsprechenden Funktionen der Verwaltung nicht klar erkannt und mit den anderweitigen Agenden der Verwaltungvermengt wurden. Allgemeine gesetzliche Normen des Verfarens sind daher nur sehr spärlich zu finden. Dagegen enthalten die speziellen Verwaltungsgesetze gewöhnlich auch einige prozessuale Normen, welche die Vernehmlassung der Parteien in der Regel vorschreiben, wo immer es sich um Rechtsansprüche der Parteien handelt. Der Verwaltungsgerichtshof hat überdiess wiederholt den Satz ausgesprochen, dass auch bei Abgang solcher ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen über Rechtsansprüche der Parteien ohne Vernehmlassung derselben nicht judizirt werden dürfe, widrigens wegen Mangels wesentlicher Förmlichkeiten des Verfarens Cassation zu erfolgen hat. In Sachen des technischen Ermessens liegt die Sache allerdings anders; hier muss entweder eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung vorliegen, welche ein rechtliches Interesse einer Partei anerkennt oder es muss sich die Vernehmlassung mindestens nach den Regeln der Gesetzesinterpretation als vom Gesetzgeber gewollt nachweisen lassen. Wann diess im Einzelnen der Fall ist, kann natürlich an dieser Stelle nicht untersucht werden.

Wenn oben gesagt wurde, die abstrakte Normirung eines entsprechenden Verfarens sei eine Bedingung der Rechtsprechung, so ist damit nicht gemeint, dass auch die Einhaltung dieses Verfarens in concreto erforderlich sei. Wesentliche Mängel des Verfarens können Nichtigkeit und Cassation hervorrufen, die Entscheidung bleibt deswegen doch ein, wenn auch incorrekter Akt der Rechtsprechung[1], gleichwie das Urteil des Gerichtes ein Urteil bleibt, ja unter Umständen alle Rechtswirkungen des formell correkten Urteils besitzt, wenngleich ein Nichtigkeitsgrund vorliegt.

Schliesslich sei noch der Frage gedacht, ob im Mandatsverfaren Rechtsprechung zu erblicken sei. Wenngleich hier die Vernehmung der Parteien dem Mandat nicht vorhergeht, so glaube ich doch, dass die Frage zu bejahen ist, weil die Wirkungen der Vernehmlassung hier dadurch ersetzt werden, dass es in der Hand der Parteien steht, durch einen nachträglichen Einspruch einer allfälligen Präklusion ihrer Ausführungen vorzubeugen.[1a]

---

[1]) Beispiele: V. G. H. 1559 u. No. 171 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.

[1a]) Derzeit hat sich das Mandatsverfaren allerdings im österreichischen Verwaltungsrecht noch nicht eingebürgert. Vor allem wäre dasselbe für das

Soviel hinsichtlich des Verfarens.

Was die in der Entscheidung selbst liegenden Merkmale der Rechtsprechung betrifft, so ist hervorzuheben

3. hinsichtlich der subjektiven Qualifikation der Behörde, dass nur von einer Behörde mit obrigkeitlicher Gewalt, aber von jeder Behörde dieser Art Recht gesprochen werden kann. Die Fähigkeit dazu ist durchaus nicht auf den Ministerialorganismus beschränkt. Zunächst judiziren die Gerichte in vielen Verwaltungssachen und zwar nicht nur in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern auch in allen Angelegenheiten des internen Dienstganges, dann hie und da bei Festsetzung der Gehalte, Pensionen und sonstigen Ruhegenüsse, der Diäten, Reisegebühren [1b]) u. s. w.

Ferner ist der ganze autonome Organismus innerhalb seiner Competenz zur Rechtsprechung befugt, also die Gemeinde-, Bezirks-, Landesvertretungen und -Ausschüsse, die autonomen Schul- und Wegebehörden, kirchliche Ämter, Advokaten und Notariatskammern[2]), Wassergenossenschaften, aber auch das Parlament, wenn es über die Giltigkeit einer Wal oder die persönliche Befähigung zum Abgeordneten (§ 58 des Ges. v. 2. April 1873, No. 41) judizirt.

Dieselbe Aufgabe haben manchmal jene Behörden, welche nicht eine ständige und dauernde Amtstätigkeit zu entwickeln haben, sondern zu einem speziellen Zwecke zusammentreten, nach dessen Erledigung sie wieder als Behörden zu fungiren aufhören und ausserhalb dessen sie keine Competenz besitzen, wie die verschiedenen Walcommissionen zur Leitung des Walaktes und Prüfung der Giltigkeit desselben, Grundentlastungs-, Lehenallodialisirungs-, Servitutenablösungs-, Geschworenenlisten-Feststellungs-Commissionen u. s. w.

---

Verwaltungsstrafverfaren eine dringende Notwendigkeit. Aber es wäre auch sehr praktisch, wenn die Verwaltungsgerichte in der Lage wären, nach Art des § 64 al. 2 des preuss. Gesetzes v. 30. Juli 1883, im Wege des Mandatsverfahrens der Behörde, deren Decernat angefochten wird, die Klaglosstellung des Beschwerdeführers aufzutragen, wogegen natürlich der Einspruch zu lässig sein müsste. Denn es gibt einerseits Fälle genug, in denen die Rechtsfrage durch wiederholte Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes festgestellt wurde, die mündliche Verhandlung daher aussichtslos ist, andererseits kommt es oft vor, dass die Verwaltung ihren Bescheid als irrig anerkennt, an der Klaglosstellung aus eigenem Antrieb aber dadurch verhindert wird, dass Dritte aus der Entscheidung Rechte erworben haben (denn in diesem Fall wird die Klaglosstellung nach § 44 des öst. Ges. durch res judicata verhindert).

[1b]) Exel 144.

[2]) Ob auch Handels- und Gewerbekammern? Vgl. zu dieser Frage Pl. B. des V. G. H. v. 10. Dezember 1877, Samitsch' Ztschr. I, S. 632 (Exel 67) und V. G. H. 1999; dazu unten § 12, Note 33.

Ausgeschlossen sind jedenfalls Corporationen, die eine obrigkeitliche Gewalt nicht besitzen.[3])

4. Das obrigkeitliche Organ, welches eine Entscheidung fällt, muss dazu von der Rechtsordnung ermächtigt und beauftragt sein.

Jedermann kann einen Tatbestand unter eine Rechtsnorm subsumiren; die Behauptungen der Parteien im Prozesse sind ihrer Struktur nach ganz identisch mit den richterlichen Entscheidungen. Ein Schluss aber, der nur eine „Behauptung" darstellt, wenn er von einer Partei ausgeht, wird zur „Entscheidung", wenn ihn die von der Rechtsordnung dazu beauftragte Person zieht.

Hieraus folgt:

Erstens, dass Angelegenheiten, zu deren meritalen Entscheidung eine Behörde nicht berufen ist, von dieser im Wege der Rechtsprechung nicht erledigt werden könne. Sachliche Unzuständigkeit benimmt also der Entscheidung den Charakter der Rechtsprechung.[4])

Zweitens, dass die Geltendmachung von Parteiansprüchen Seitens einer Behörde gleichfalls nicht zur Rechtsprechung zu zählen sei. Bevor die Behörde einen Anspruch erhebt, muss sie für sich gleichfalls eine „Entscheidung" darüber fällen, ob der Anspruch rechtlich begründet ist oder nicht, ja es kann sogar ein förmliches Verfaren darüber stattfinden. Im Begriff der „Anspruchserhebung" liegt es aber, dass es eine Instanz geben muss, vor welcher erst über die Gesetzmässigkeit des Anspruchs definitiv entschieden wird. Wo es eine solche Instanz nicht gibt, die Anspruchserhebung somit schon vollstreckbar und rechtskräftig wird, hat es keinen Sinn mehr, von der Erhebung eines Anspruchs zu reden; es liegt darin schon die eigentliche Entscheidung.

Die Ansprüche, welche eine Behörde zu erheben hat, können zweierlei sein, solche öffentlich- und solche privat-rechtlicher Natur. Zu ersteren gehören jene, welche die Behörden vor dem Verwaltungsgerichtshofe und dem Reichsgerichte erheben[5]), dann die Anträge der Staatsanwaltschaften.[6]) Zu letzteren jene der Finanzprokuraturen,

---

[3]) E. des V. G. H. v. 12. Februar 1877 (Samitsch, Ztschr. III, S. 299) Exel 65.

[4]) Vergl. übrigens die nähere Ausführung der hier in Betracht kommenden Punkte unten in § 16.

[5]) Hier liegen die beiden Arten der „Entscheidungen", welche die Behörde zu fällen hat, prägnant nebeneinander. Das einemal sind sie mit der Kraft ausgestattet, die Sache definitiv zu regeln, das zweitemal haben sie nur die Kraft von Parteibehauptungen. Obwol sie beidemal identisch sind, ist doch ihre Wirksamkeit eine völlig verschiedene.

[6]) Die Vorerhebungen und die Voruntersuchung haben keinen anderen Zweck, als die Ansprüche der Staatsanwaltschaft vorzubereiten. Es geht

wenn sie den Fiskus und gewisse Corporationen des öffentlichen Rechts, wie die Schulbehörden, dann Zweckvermögen publizistischer Natur, Schulfonde, kirchliche Benefizien und Stiftungen zu vertreten haben[7]), ferner gewisse Ansprüche privatrechtlicher Natur, welche von staatlichen Verwaltungs-[8]) und Rechnungsbehörden[9]) in Form von Erkenntnissen geltend zu machen sind. Hieher gehören auch Akte autonomer Behörden, welche sich auf die Vermögensverwaltung beziehen und die ihrer Natur nach sich als die Erhebung von privatrechtlichen Ansprüchen[9a]) darstellen, daher gegen selbe zwar die Beschwerde an die höhere Instanz nicht aber an den Verwaltungsgerichtshof zulässig ist[10]), wogegen dieselben auch (anders als die Akte obrigkeitlicher Natur) im

---

da somit den letzteren ein Verfaren voraus, welches sich grösstenteils vor den Gerichten und ganz in derselben Weise abspielt, wie die Instruktion der Entscheidung selbst. Gleichwol ist nicht der staatsanwaltschaftliche Antrag ein Akt der Rechtsprechung, sondern erst die gerichtliche Sentenz. Diess zur Illustration des übertriebenen Ausspruches Leuthold's (Sächsisches Verwaltungsrecht S. 147), dass die Verwaltungsbehörden der Zukunft Staatsanwaltschaften sein müssten.

7) § 2 der Fin. Min. Vdg. v. 16. Feb. 1855, No. 34; Vdg. des M. f. C. u. U. v. 14. Juli 1872, No. 119; Hofkzld. v. 31. Dezbr. 1820 (Pol. G. S. No. 160). Vgl. Exel 38.

8) Ein Beispiel bietet das im Hofkzld. v. 19. April 1842 (Mh. III, S. 334) normirte Verfaren bei Besitzergreifung von Inseln in schiffbaren Flüssen für den Staat. Ergibt sich hier ein Streit, so soll die Landesstelle nach Einvernehmung aller Interessenten die Entscheidung fällen, ob dem Staate das Eigentum zustehe oder nicht. Diese Entscheidung ist aber trotz äusserlicher Ähnlichkeit kein Akt der Rechtsprechung, sondern ein in amtlicher Form erhobener Eigentumsanspruch, denn das Erkenntnis der Landesstelle macht nicht res judicata, sondern es ist dagegen binnen sechs Wochen der Rechtsweg zulässig, daher liegt dasselbe auch im „freien“ Ermessen der Behörde (V. G. H. 241, Exel 51). Dass nach Ablauf von sechs Wochen Eigentumsansprüche Dritter präkludirt sind, ändert an dem Charakter des Aktes Nichts; es ist diess eine Verschweigungsfrist, gleichwie jene, durch deren Ablauf dingliche Rechte Dritter an der gefundenen Sache in Folge bestimmter Handlungen des Finders erlöschen. Siehe ferner Exel 17, 48, 183, 153, 180, 181, 185, 187, 188, 192.

9) Vergl. unten § 15, Note 8 und 15.

9a) Oder die Anweisung dazu (Genehmigung der Processführung seitens der Aufsichtsbehörde), Exel 431—435; Vorbehaltung des Rechtsweges, Exel 21.

10) Auch die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist die Consequenz der privatrechtlichen Natur dieser Akte (V. G. H. 2260). Daher begründet die Androhung der Zwangsvollstreckung hier eine Nichtigkeit und es wäre in solchem Falle correkter, einen derartigen Akt wegen mangelhaften Verfarens zu cassiren (weil daraus über die rechtliche Natur desselben Zweifel entstehen), statt, wie es der V. G. H. wiederholt getan, seine Incompetenz auszusprechen. Vgl. Exel 32—39, 42, 145, 1017; E. d. C. u. U. M. in der Ger. Ztg. 1871, S. 84; Z. f. V. 1882, No. 24; R. G. 138; V. G. H. 588

Rechtswege anfechtbar sind.[11]) Da die autonomen Behörden wirtschaftliche oder obrigkeitliche Verwaltung in einer Hand vereinigen, so entstehen hier um so häufiger Zweifel, als die autonomen Organe viel zu wenig juristische Schulung besitzen, um über diese schwierige Frage in concreto allemal im Klaren zu sein.[12]) Es lässt sich allerdings auch nicht verkennen, dass die einschlägigen Gesetze manchmal zu Zweifeln Anlass geben, weshalb es um so nötiger ist, dass die Wissenschaft diese beiden Gebiete so scharf als möglich sondert.

Drittens endlich folgt aus dem oben angeführten Satze, dass Entscheidungen, welche zwar kraft staatlichen Auftrags gefällt werden, denen aber die gesetzliche Ermächtigung, eine Angelegenheit mit obrigkeitlicher Gewalt definitiv zu regeln nicht zur Seite steht, zur Rechtsprechung nicht gehören. Unter diese Kategorie fallen die Rechts-

---

(vergl. auch E. d. pr. O. V. G. v. 9. Febr. 1878, Samml. IV, S. 77). Bei V. G. H. 2323 wäre die Beschwerde jedenfalls wegen Incompetenz abzuweisen gewesen, weil das administrative Ersatzerkenntnis den Rechtsweg ausdrücklich frei liess. Dasselbe gilt wol auch von V. G. H. 2358.

[11]) Beispiele solcher privatrechtlicher Ansprüche, welche von autonomen Behörden ausgehen: Ersatzerkenntnisse der Gemeinde-, Bezirks- und Landesbehörden gegen autonome Organe (deren Anfechtbarkeit im Rechtswege der V. G. H. wiederholt anerkannt hat); Ersatzerkenntnisse des Landesausschusses Namens des Landesfonds (V. G. H. 1191, 2260, 2323, Exel 45—47, 49, 148—151, 156, 157a, b); Verteilung und Veräusserung von Communalrealitäten (Exel 42, 167, 413—421, E. d. V. G. H. v. 15. Apr. 1877, Samitsch Ztschr. II, S. 284: Incompetenz des V. G. H.); Zuwendung des Jagdpachterträgnisses an die Gemeinde statt an die Grundbesitzer (V. G. H. 628); Besitzergreifung von zu Schulzwecken gewidmeten Grundstücken (E. d. V. G. H. vom 28. März 1878 und vom 10. Februar 1879, Samitsch Ztschr. II, S. 387; III, S. 80); analoge Acte staatlicher Behörden: Exel 32—37, 154, 155, 181, 184—196.

[12]) Noch complizirter wird die Sache dort, wo autonome Städtevertretungen zugleich die Funktionen der politischen Behörden erster Instanz wahrzunehmen haben. Ich erinnere hier an die vielen Schwierigkeiten, welche diese Unklarheit in den Streitigkeiten zwischen der Commune Wien und der Tramwaygesellschaft bereitete, zumal der Magistrat von Wien die im Texte aufgestellte Scheidung consequent zu übersehen scheint. Vgl. die treffende Kritik des Vorganges des Wiener Magistrats in V. G. H. 2278. Damit soll indess nicht gesagt sein, dass in diesem Punkte nicht auch anderwärts Zweifel vorkommen. Der bekannte Competenzstreit zwischen Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof ist nur hierdurch entstanden. Er löst sich sehr einfach damit, dass in Fällen, wo die Staatsverwaltung über Beamtenansprüche einen Akt der Rechtsprechung erliess, der V. G. H., in allen anderen Fällen das R. G. competent ist. Denn nur hier, nicht aber dort liegt eine „streitige" Angelegenheit des öffentlichen Rechtes im Sinne des Art. 1 des St. G. G. v. 21. Dezember 1867, No. 143 vor. Die Entscheidung als Akt der Rechtsprechung macht den Anspruch nicht „streitig", sondern umgekehrt unstreitig und zur res judicata.

gutachten, welche im Verwaltungsrecht eine grosse Rolle spielen. Die Finanzprokuraturen sind zur Abgabe solcher Rechtsgutachten gemäss § 2 b der Fin. M. Vdg. vom 13. August 1851 No. 188 und § 1 b der Fin. M. Vdg. vom 16. Februar 1885 No. 34 gesetzlich berufen. Ausserdem können nach dem Hofd. vom 23. Juni 1820 No. 1669 die (autonomen und) staatlichen Landesverwaltungsbehörden von den Gerichten um die Abgabe von Rechtsgutachten über streitige Competenzfragen angegangen werden.[13])

5. Nur wenn die Behörde wirklich ausspricht, was im einzelnen Falle Rechtens ist, kann von Rechtsprechung die Rede sein.

Hiemit scheiden eine Reihe von Sentenzen aus, die zwar eine logische Subsumtion, wie die Entscheidung enthalten, aber nicht die Absicht verfolgen, eine Angelegenheit mit definitiven Rechtswirkungen zu regeln.

Hieher gehören Verheissungen, in Zukunft eine Sache so oder so entscheiden zu wollen, Belehrungen, welche die Behörde einer Partei erteilt, kurz jeder Vorgang, der den Zweck verfolgt, vermöge des officium boni viri Streitigkeiten zu verhüten oder friedlich zu schlichten, als Rat, Abmahnung, Drohung. In allen diesen Fällen entscheidet die Behörde nicht, sie eröffnet nur, wie sie entscheiden werde.[14])

Unter den gleichen Gesichtspunkt fallen Aufträge der höheren Behörden an die unterstehenden Instanzen, eine Sache in einer bestimmten Art zu entscheiden.[14a]) Derlei Aufträge — Dienstbefele —

---

[13]) Die Zulässigkeit dieses Vorganges wurde zwar nach Erlass des St. G. G. über das Reichsgericht wiederholt bestritten, aber stets erfolglos. Die Praxis des obersten Gerichtshofes hat constant die Einholung solcher Gutachten, denen jedoch nur consultatives Gewicht zukommt, gebilligt. In künftigen Jahrhunderten, wenn unser Richterstand auch auf verwaltungsrechtlichem Gebiete geschult sein wird, dürfte man es freilich belächeln, dass es eine Zeit gab, in der die Gerichte sich über ihre eigene Competenz bei der Verwaltung Rat einholten. Derzeit kann leider nicht einmal die Erspriesslichkeit dieses Vorganges bezweifelt werden.

[14]) Gegen solche theoretische Schlüsse gibt es folglich keine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. (V. G. H. 841, 1453; E. dess. v. 18./12. 1876, Samitsch Ztschr. III, S. 258; Z. f. V. 1878, S. 6; R. G. 112; Exel 15, 20, 137, 138, 139). Die Praxis sondert dieselben häufig nicht genügend scharf von der wirklichen Entscheidung, wodurch Unsicherheit über die res judicata entsteht. Die österreichische Praxis steht in diesem Punkte entschieden zu sehr auf dem Standpunkte des Bevormundungssystems und unterstützt dadurch die Indolenz, an der ein grosser Teil der österreichischen Bevölkerung krankt, statt derselben mit allen Mitteln entgegenzuarbeiten. In Angelegenheiten, wo eine Entscheidung voraussichtlich gefällt werden kann, sollten diese Emanationen des officium boni viri grundsätzlich verpönt sein.

[14a]) Exel 9b, 11, 12, 13.

sind, wenn sie den Parteien als Entscheidung der höheren Instanz intimirt werden, nichtig, weil dadurch der gesetzlich bestimmte Instanzenzug verrückt wird und jeder rechtliche Interessent befugt ist, die Einhaltung desselben zu fordern.[15]) Derlei Aufträge können zwar die Behörde binden, sind aber den Parteien gegenüber wirkungslos, wie die einer sachlich unzuständigen Behörde; der untergeordneten Behörde gegenüber aber gibt es keine Rechtsprechung, weil dieselbe der vorgesetzten Instanz nicht als Partei entgegentritt.

6. Liegt in der „Entscheidung" ein charakteristisches Merkmal der Rechtsprechung, so frägt sich, welchen Einfluss die Complikation der Entscheidung mit den übrigen Formen der Verwaltungstätigkeit übt.

Dass Verordnungen, Beurkundungen hie und da, Verfügungen aber ganz gewöhnlich mit der Entscheidung äusserlich zu einem Formalakte zusammengefasst werden können, ist nicht zu bezweifeln. Es ist diess ein alltäglicher Vorgang; er ist bei den Gerichten nicht minder die Regel, wie bei den Verwaltungsbehörden. In ihrer Reinheit kommt die Form der Entscheidung nur im sogenannten Präjudicialurteil zur Anwendung und die Fälle, wo solche vorkommen, dürften im Verwaltungsrecht ungefähr so häufig zu finden sein, wie im Civilprocess.

Meistens aber verbinden sich im gerichtlichen Urteile mit der Entscheidung conkrete Ge- und Verbote[16]), somit Verfügungen. Das Urteil: A sei schuldig dem B 100 Mk. zu bezalen, enthält zweierlei, 1) die Entscheidung über das Rechtsverhältnis, welches diesem Befel

---

[15]) Es läge darin ein wesentlicher Mangel des Verfarens. Selbstverständlich wird dadurch das Recht der höheren Behörde nicht alterirt, in allen Sachen, welche keine Rechtsprechung enthalten, nach Belieben bindende Befele zu erteilen. Nicht selten wird in der Praxis den Parteien eröffnet, dass die Entscheidung über höheren Befel ergehe. Dieser Vorgang ist verwerflich, weil er es im Zweifel lässt, wer eigentlich die Entscheidung gefällt hat. Von Wichtigkeit wird diess insbesondere dann, wenn es sich bei Anrufung des V. G. H. um die Frage handelt, ob die Sache im administrativen Instanzenzuge bereits ausgetragen ist; Exel 644—710.

[16]) Der Fall, dass gerichtliche Beurkundungen im Entscheidungswege ergehen, ist ein sehr seltener (ein Beispiel bietet § 11 des Gesetzes vom 15. November 1867, No. 131). Allgemeine Verordnungen werden zwar auch von den österreichischen Gerichten erlassen (nicht nur hinsichtlich des internen Dienstbetriebes, sondern hie und da auch mit einer materiell-rechtlichen Wirksamkeit (vergl. § 25 der kais. Vdg. vom 16. November 1858, No. 213 R. G. Bl.); aber es ist nicht denkbar, dass sich eine gerichtliche Verordnung mit einer Entscheidung combinire, weil über das Recht zur Erlassung der Verordnung oder über deren Gesetzmässigkeit hier in merito nicht entschieden werden kann.

zu Grunde liegt (Darlehen, Verrechnung, Kauf u. s. w.), 2) die **Verfügung**, d. i. den Befel zur Zalung.

Nicht anders liegt die Sache im Verwaltungsrecht. Während aber der Charakter der richterlichen Urteile nicht angezweifelt werden kann, weil die Entscheidung stets das massgebende Moment ist, drängen sich solche Zweifel bei den Verwaltungsakten häufig auf, weil ein grosser, ja gewiss der grössere Teil derselben der Rechtsprechung nicht zugezält werden kann.

Der Umstand nun, dass irgend ein Verwaltungsakt, eine Verfügung u. s. w. ergeht, kann es gewiss nicht hindern, dass die Entscheidung, in welcher der Akt seinen gesetzlichen Grund findet, in Form der Rechtsprechung zum Ausdruck gelangt, wie die Betrachtung der gerichtlichen Urteile lehrt.

Es frägt sich nur, wie sich in concreto feststellen lasse, ob **blos** eine Verfügung u. s. w. erging oder ob diess in Form der Rechtsprechung geschah?

Diese Frage kann freilich sehr schwierig zu beantworten sein; ja es wird Fälle geben, wo man sie, zumal bei der Unvollkommenheit unseres Verwaltungsrechts, mit einem bündigen: non liquet wird erledigen müssen. Wer sich hiedurch von der Erforschung dieses Problems abschrecken lässt, der muss eben die Beschäftigung mit dem Rechtsleben überhaupt aufgeben. Immer kommen wir hier in einzelnen Fragen auf ein schwankendes Grenzgebiet, wo die juristische Technik Schiffbruch leidet. So wenig sich zwischen Rechtsgebot und Sittenpflicht, zwischen tatsächlichem und Rechtsbegriff, zwischen Beurkundung und Entscheidung, zwischen öffentlichem und Privatrecht u. s. w. die bereits erwähnten „Grenzpflöcke" einschlagen lassen, so wenig auch hier.

Betrachten wir die Formen, in welchen gewisse Angelegenheiten innerhalb eines bestimmten Zeitraumes von den Behörden erledigt wurden, so lässt sich ebenso wenig fixiren: von heute an liegt Rechtsprechung vor, wie es sich bestimmen lässt, ob eine Norm des Gewohnheitsrechts am 20. oder am 21. September 1880 in „Geltung" trat. Trotzdem bieten uns die Anfangs- und die Endpunkte der Entwickelung so prägnante Bilder, dass wir nicht zweifeln können, woran wir sind. Fälle solcher allmäligen Entwickelung bietet das Rechtsleben jeden Volkes; das römische Recht lässt sie uns historisch verfolgen. Die Aktion der Magistrate ist in Rom nach Ausscheidung der Fälle, wo der judex Recht spricht, ursprünglich reine Verfügungsgewalt; trotzdem haben wir am Schlusse der Entwickelung in dem Interdiktenverfaren eine ganz vollendete Rechtsprechung, wie in unserem heutigen Besitzstörungs- und offiziosen Verfaren. Man kann freilich fragen,

wann fing die Rechtsprechung an, wann hörte die einfache Verfügung auf, wie man fragen kann, wann hatten wir keine Dämmerung mehr, sondern Tag?

Ein Teil der heute von der Verwaltung besorgten Agenden befindet sich noch derzeit in diesem Zwischenstadium und wird es bei aller Sorgfalt der Enumerationsmethode, womit das verwaltungsgerichtliche Verfahren begrenzt zu werden pflegt, stets bleiben. In solchen zweifelhaften Fällen hat man sich eben, sofern die übrigen bereits behandelten Bedingungen der Rechtsprechung vorliegen, zu fragen: ist die Absicht der Behörde blos auf Feststellung des Rechtsverhältnisses oder blos auf Hervorrufung eines äusseren Erfolges gerichtet gewesen oder allenfalls auf beides? Man ziehe den ersten besten praktischen Fall in Betracht und man wird finden, dass diese Frage in der Regel ganz präzise beantwortet werden kann. Es soll zwar nicht geleugnet werden, dass in einem Staate, der das zur Rechtsprechung führende Verfaren noch fast gar nicht gesetzlich geregelt hat, die Behörden selbst manchmal über ihre Absichten mit sich nicht ganz im Reinen sein können.

Es ist aber andererseits hervorzuheben, dass gerade aus Emanationen der österreichischen Praxis seit geraumer Zeit zu entnehmen ist, dass sie sich des Unterschiedes zwischen Rechtsprechung und Verwaltung (wenn auch vielleicht nicht immer ganz klar) bewusst geworden ist. Im zweiten Teile dieser Schrift wird die einschlägige Spruchpraxis beleuchtet werden; hier sei nur im Vorbeigehen erwähnt, dass schon § 92 der Instruktion für die Bezirksämter vom 17. März 1855 (No. 52) in ganz präziser Weise die „Entscheidungen“ von den übrigen Verwaltungsakten abhebt und für sie die Pflicht der Motivirung und Citirung der angewendeten Gesetze vorschreibt. Ebenso normirt die Verordnung des M. f. C. u. U. v. 13. Mai 1876: „In den Erkennt- „nissen (offenbar = „Entscheidungen“) ist der Streitpunkt stets genau „anzuführen, damit künftig kein Zweifel über die Identität der ent- „schiedenen Sache entstehen könne. Alle Erkenntnisse sind durch Bei- „fügung der Gründe .... zu motiviren.“ Letzteres fordert auch der Erl. d. M. d. I. v. 15. Febr. 1869 und vom 30. Juni 1876 (Mh. I, S. 691) und das Gesetz vom 22. Oktober 1875 trennt in § 1 ganz ausdrücklich die „Entscheidungen“ von den „Verfügungen“.

Eine „Entscheidung“ aber ist zu treffen nicht nur wenn die Gesetze ein besonderes dahin abzielendes Verfaren vorschreiben, wie bei Bewilligung von Bauten zu Privat- oder öffentlichen Zwecken (Schulen, Kirchen, Friedhöfe), Consensen zu Wasserwerken, gewerblichen Betriebsanlagen, zur Bringung der Forstprodukte, zur Waldrodung, zur forst-

lichen Bannlegung, zur bergrechtlichen Freifarung, bei Eisenbahn- und Strassenbau- und Benützungsconsensen[17]), bei der Entziehung gewerblicher Betriebsanlagen, der Expropriation[18]), sondern auch überall dort, wo die vorherige Feststellung des Rechtsverhältnisses, sei es in Folge der Bestreitung Seitens einer Partei, sei es im öffentlichen Interesse, erforderlich ist, um die Verfügung oder Beurkundung zu ermöglichen. So wird anlässlich der Verweigerung eines Heimatscheines (Beurkundung), anlässlich eines begehrten und verweigerten Verpflegskostenersatzes (Befel zur Leistung desselben: eine Verfügung), anlässlich einer Ausweisung (Verbot den Ort zu betreten: Verfügung) von Amtswegen die Feststellung des Heimatsrechts im Entscheidungswege erfolgen müssen; die Verfügungen ergehen hier nebenher. Hingegen können alle diese Verfügungen auch erlassen werden, ohne dass über das Heimatsrecht formell entschieden wird; so wird die trotz Anerkennung des Heimatsrechtes verweigerte oder unterlassene Zalung der Verpflegskosten nur die (einfache) Verfügung (den Befel) zur Zalung derselben nach sich ziehen. Dieser Befel entscheidet dann die Frage des Heimatsrechtes nicht.

Oder: Der Befel, einen öffentlichen Platz oder Weg frei zu machen, wird unzähligemale eine einfache Verfügung sein, die nicht die Tendenz verfolgt, die Öffentlichkeit des Platzes oder Weges festzustellen, sondern von der angenommenen Öffentlichkeit desselben ausgeht. In diesem Fall liegt gewiss keine Rechtsprechung vor. Dagegen kann eine formelle Entscheidung nach ordentlich durchgeführtem Verfaren über die Öffentlichkeitsfrage ergehen und die entscheidende Behörde kann (falls sie zu beiden competent ist) gewiss daran Verfügungen betreffs Freihaltung der Passage knüpfen.

Oder: Der Befel zur Zalung der Patronatstangente bei einem Kirchenbau enthält nicht immer eine Entscheidung über das Patronat. Nur wenn die Behörde von der erkennbaren Absicht ausging, über den Bestand des Patronats zu entscheiden, sei es weil derselbe bestritten

---

[17]) Diess sind Fälle, wo sich mit der Entscheidung rechtschaffende Verfügungen vereinigen, relativ seltene Fälle.

[18]) Diess sind Fälle, wo rechtsvernichtende Verfügungen im Wege der Rechtsprechung ergehen. Über die Natur der Expropriation als Rechtsprechung kann nach österreichischem Recht kein Zweifel herrschen. (Vgl. V. G. H. 2063 und Prazak, Enteignung S. 189 ff.) Zugleich ein Beispiel einer ganz nach technischem Ermessen ergehenden Entscheidung. Von dieser Entscheidung ist sowol die Verfügung (Entziehung des Eigentums durch staatlichen Machtspruch) als die Feststellung der Entschädigung zu unterscheiden.

wurde oder weil die Feststellung desselben von Amtswegen für nötig erachtet wird, liegt darin Rechtsprechung, und der Befel zur Zalung der Patronatstangente kann den Charakter des Aktes dann gewiss nicht alteriren.

Oder: Bei Consentirung eines Wasserwerks können die verschiedensten Befele und Verbote an die Wasserinteressenten erlassen werden, die Gesammtheit derselben charakterisirt ja erst den Consens; die Entscheidung lautet dahin, dass eben nur die behördlich festgestellten Modalitäten der Wasserbenützung für zulässig erklärt werden. Hier ist die Entscheidung ohne die damit verbundenen Verfügungen ganz undenkbar.

Das massgebende Moment ist also, kurz gesagt, die erkennbare Absicht der Behörde, das die Verfügung bedingende Rechtsverhältnis festzustellen. Ist die behördliche Emanation in diesem Punkte absolut unklar und lässt sich weder aus dem Wortlaut noch aus den Akten (insbesondere den Eingaben und Äusserungen der Parteien) ersehen, wie weit die Tendenz der Behörde gegangen ist, so muss man im Zweifel die minder intensive Aktion als beabsichtigt voraussetzen und demgemäss dem Akt den Charakter der Rechtsprechung aberkennen.

7. Auch die Frage ist in Betracht zu ziehen, welche Gestalt die Ablehnung einer Verfügung oder eines anderen Verwaltungsaktes haben kann.

Voraussetzung jeder solchen Ablehnung ist ein Parteibegehren; es wird ihr daher ein Schluss des Inhalts zu Grunde liegen, dass die begehrte Amtshandlung wegen Gesetzwidrigkeit oder Unzweckmässigkeit (falls die Amtshandlung im technischen Ermessen lag) unzulässig sei. Auch dieser Schluss kann entweder blos als Motiv der Ablehnung wirksam werden oder als formelle Entscheidung zum Ausdruck kommen. Die Ablehnung selbst ist keine Form behördlicher Tätigkeit, sondern im Gegenteil die Form, in welcher sich die Absicht der behördlichen Untätigkeit manifestirt.[19]) Sie übt daher an sich gar keine Rechtswirkung aus; sie ist auch stets ihrem Inhalt nach eine und dieselbe, eine Negation, weiter Nichts.

Das Rechtsverhältnis, welches dieser Negation zu Grunde liegt, kann aber im Entscheidungswege festgestellt und zum Ausdruck gebracht werden, entweder wenn für die aufrechte Erledigung des Parteibegehrens die Formen der Rechtsprechung vorgeschrieben sind oder

[19]) Unter Umständen genügt die blosse Nichterledigung des Ansuchens, daher denn das französische Recht sehr verständigerweise nach einer gewissen Frist die nicht erfolgte Erledigung als Abweisung ansieht. Vgl. Exel 51, 52, 861.

wenn aus den Umständen die Absicht der Behörde, eine formelle Entscheidung zu treffen, ersichtlich ist. In diesem Fall liegt darin ein Akt der Rechtsprechung mit all den rechtlichen Wirkungen eines solchen. Allerdings wird dabei stets vorausgesetzt, dass man aus den Motiven der Ablehnung das Rechtsverhältnis, welches in concreto festgestellt wurde, entnehmen kann, und diess ist um so wichtiger, als die Motive der Ablehnung in den verschiedensten Umständen, sachlicher Incompetenz[20]), Mangel der Aktivlegitimation, materieller Gesetzwidrigkeit der begehrten Amtshandlung, Unzweckmässigkeit derselben gelegen sein können und sich sowol auf das gerade vorliegende Ansuchen oder auf das Recht der Partei, ein solches überhaupt zu stellen, erstrecken können.

8. Einen fernern Gegenstand der Betrachtung geben die Provisorialentscheidungen.

Es geht nicht an, denselben, wie es bei Sarwey a. a. O. S. 626 geschieht, den Charakter der Rechtsprechung rundweg abzuerkennen. Freilich hat Sarwey als Asyl für derlei obdachlose Begriffe seine „Verwaltungsjurisdiktion" hergerichtet, in deren geräumigen Lokalitäten natürlich auch die Provisorien unterzubringen sind. Deshalb weil es sich da nur um die „Herstellung eines faktischen Zustandes unter Beachtung der Rechtsordnung", nicht aber um „bestrittene oder verletzte subjektive Rechte" handelt, liegt im Provisorium nicht immer blos eine einfache Verfügung, wie uns diess ja das bereits angezogene Beispiel des Provisoriums par excellence, des gerichtlichen Besitzstörungsverfarens, in prägnantester Weise zeigt. Das Provisorium will eben die meritale Rechtsfrage gar nicht regeln, sondern ein ganz anderes Rechtsverhältnis feststellen, dessen Tatbestand und Rechtsnormen andere sind, als die des meritalen Rechtsverhältnisses.

Es stellt also den „Besitz", den „unangefochtenen Gebrauch", die erweisliche „Übung", die „Gewohnheit" und dergleichen faktische Ver-

---

[20]) Dass der Ausspruch über die sachliche Unzuständigkeit eine Entscheidung ist wie eine andere, kann nicht bezweifelt werden, denn er enthält einen Schluss von einem conkreten Tatbestand (Parteibegehren) auf die Anwendbarkeit jener Rechtsnorm, welche die Ablehnung von Amtshandlungen anbefiehlt, die nicht zur sachlichen Zuständigkeit der Behörde gehören. Trotzdem wird nicht selten behauptet, der Ausspruch über die Zuständigkeit enthalte niemals eine Entscheidung, was um so unverständlicher ist, als die Competenzconflikts-Gerichtshöfe über diese Frage formgerechte Urteile schöpfen. Diese letzteren unterscheiden sich von den behördlichen Emanationen nur dadurch, dass sie über die Zuständigkeitsfrage auch postiv entscheiden, während die letzteren die Anname der Competenz in der Regel stillschweigend zur Prämisse der Amtshandlung machen.

hältnisse fest und spricht aus, dass eine diese Tatbestände schützende Rechtsnorm zur Anwendung gelange. Liegen im Übrigen die Bedingungen einer Rechtsprechung vor, so ist nicht abzusehen, warum die Provisorialentscheidung nicht hierunter zu subsumiren wäre. Dass die Constatirung des Besitzes u. s. w. nicht die Frage des Eigentums oder des sonst in Frage kommenden Rechtes entscheide, ist selbstverständlich.

9. Eine ganz besondere Form der Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden bietet das Verwaltungsstrafverfaren. In dem Punkte, der uns hier allein interessirt, nämlich hinsichtlich der Charakterisirung der Verwaltungstätigkeit, bieten die Straf- und Disziplinarerkenntnisse der Verwaltungsbehörden nichts Besonderes. Dass sie zur Rechtsprechung zu zählen seien, lässt sich kaum bestreiten; sie haben ein (wenn auch noch so primitives) Verfaren mit Tatbestandserhebung und Vernehmlassung der Parteien zur Voraussetzung und enthalten die Subsumtion eines deliktischen Tatbestandes unter eine Rechtsnorm. Somit unterscheidet sich das Verwaltungsstrafverfaren nur darin von dem Strafprozesse vor den Gerichten, dass hier ein öffentlicher Ankläger auftritt, dort nicht. Dieser Umstand hat zwar die Judikatur der Gerichte gewiss verbessert, er hat aber ihre Natur nicht verändert, wie bereits oben in §§ 5 und 6 ausgeführt wurde. Die Judikatur der Verwaltungsbehörden in Strafsachen steht heute noch auf dem Standpunkte, wie die der Gerichte zur Zeit der Inquisitionsmaxime.[21])

10. Während die bisher besprochenen Formen der Rechtsprechung lediglich die im ordentlichen Instanzenzuge vor sich gehenden Meritalerledigungen zum Inhalt hatten, sind schliesslich noch die Fälle zu behandeln, wo eine durch die Verwaltung begangene Rechtsverletzung Seitens einer ausserhalb des ordentlichen Instanzenzuges stehenden Behörde festgestellt wird.

Es kann diess auf zweierlei Art geschehen: durch Geltendmachung des Aufsichtsrechtes der staatlichen Oberbehörden und durch die Judikatur der Verwaltungsgerichtshöfe. Wiewol in ihrem Ziele — Re-

---

[21]) Daher spricht Art. 4 des St. G. G. vom 21. Dezbr. 1867 No. 144 von einer „Gerichtsbarkeit bezüglich der Übertretungen der Polizei und der Gefälls-Strafgesetze". Die Verwaltungsbehörden deshalb hier „Gerichte" zu nennen, ist müssig. Indessen wurde die Nomenklatur des St. G. G. sogar dazu benutzt, um die Incompetenz des V. G. H. bei Beschwerden gegen die Straferkenntnisse der Finanzbehörden zu behaupten. Vgl. dazu Ott in Samitsch' Ztschr. I, S. 388. Umgekehrt wurde in dem Strafverfaren der Verwaltungsbehörden ein Vorgang erblickt, durch den man „seinem gesetzlichen Richter entzogen wird". R. G. 172 und 202.

pression des behördlichen Unrechtes — identisch, sind sie gleichwol in der Form sehr wesentlich von einander unterschieden.

Das Oberaufsichtsrecht der höheren Behörden macht sich dadurch geltend, dass gesetzwidrige Verwaltungsakte sistirt werden müssen.

Die Sistirung enthält daher allerdings den Ausspruch, dass der sistirte Akt nichtig sei, allein sie ist nicht Rechtsprechung, weil ihr einerseits das entsprechende Verfaren nicht vorausgeht, andererseits die Aufsichtsbehörde durchaus n i c h t den Zweck verfolgt, die Sache merital zu erledigen[22]), (wozu sie nicht competent wäre)[23]), sondern lediglich zur Wahrung öffentlicher Interessen eine Verfügung trifft, was sich darin zeigt, dass eine Sistirung erfolgen kann, auch wenn es sich um conkrete Rechtsverhältnisse nicht handelt oder ein in seinem Rechte Verletzter nicht vorhanden ist.[24]) Die Aktion der Aufsichtsbehörde im Sistirungsverfaren ist daher weit eher mit der Aktion eines Staatsanwaltes vergleichbar, als mit der eines Richters; sie ist in der Tat nur eine primitivere Form der Wahrnehmung öffentlicher Interessen, die auch aufhört, sowie die Vertretung der letzteren eine eigene Organisation gefunden hat (vgl. unten § 16, Seite 280).

Indess kann die Geltendmachung des Aufsichtsrechts zur Rechtsprechung führen und mit ihr endigen, wenn dadurch ein subjektives Recht (autonomer Verwaltungsorgane) verletzt und der Verwaltungsgerichtshof angerufen wurde. Dieser letztere kann, wie in allen anderen Sachen, so auch hier allerdings n u r Recht sprechen. D e s s e n

---

[22]) Eine „Entscheidung“ liegt also, genau genommen, in dem Sistirungserkenntnis allerdings; wenngleich daher § 107 des Wiener Gemeindestatuts dem Statthalter im Falle der Sistirung das Recht zuschreibt, „auch zu entscheiden“, so braucht damit keine Meritalentscheidung gemeint zu sein. V. G. H. 2278.

Auch V. G. H. 2371 erklärt scharf: „Derlei Verfügungen (die Ablehnung einer Sistirung) sind k e i n e E n t s c h e i d u n g i n d e r S a c h e.“

[23]) Auch dann ist die Aufsichtsbehörde zur meritalen Entscheidung nicht competent, wenn die erste Instanz eine staatliche Verwaltungsbehörde war. Denn wenngleich dann die Aufsichtsinstanz möglicherweise später auch als Rechtsmittelinstanz fungiren könnte, so steht es ihr durchaus nicht frei, diess Verhältnis willkürlich zu verkehren — vorausgesetzt natürlich, dass conkrete Rechtsverhältnisse (subjektive Rechte) Einzelner in Frage stehen. Jedermann hat eben ein Recht auf die Einhaltung des gesetzlichen Verfarens, soferne er ein rechtliches Interesse an der Sache nachweisen kann.

[24]) Z. B. verletzt der Beschluss eines Gemeindeausschusses, in einer von mehreren landesüblichen Sprachen amtlich nicht verkehren zu wollen, kein subjektives R e c h t; es gibt Niemand, der den Anspruch auf Sistirung eines solchen Beschlusses zu erheben b e r e c h t i g e t wäre.

Erkenntnis enthält also auch stets eine Entscheidung „in der Sache" selbst; er ist aber auch nicht Aufsichtsinstanz.

11. Schliesslich sei noch die Tätigkeit der Verwaltungsgerichtshöfe in Betracht gezogen. Wir verstehen unter letzteren alle jene Tribunale mit gerichtlicher Organisation, welche über die von der Verwaltung begangenen Rechtsverletzungen entscheiden. Competenz und Verfaren haben sich einerseits nach dem Vorbilde der Sistirungsaktion der Aufsichtsbehörden, andererseits nach der Judikatur der Cassationshöfe in Strafsachen ausgebildet; der Charakter ihrer Erkenntnisse als Rechtsprechung ist um so minder zu bezweifeln, als sich ja gerade in diesen Gerichtshöfen die Ideale der Rechtsprechung verwirklichen sollen, welche die moderne Reformbewegung vor Augen hatte.

Jede Entscheidung eines Verwaltungsgerichtshofes ist daher ein Akt der Rechtsprechung.

Hieraus ergibt sich die praktisch wichtige Consequenz, dass auf diesem Wege die stumm gebliebenen Motive obrigkeitlicher Akte aller Art in Form eigentlicher Entscheidung nachträglich zum Ausdruck gelangen. Auch wenn die Behörden eine einfache Verfügung, Beurkundung, Verordnung erliessen oder verweigerten, so wird dann, wenn ein Verwaltungsgerichtshof in der Sache judizirt hat, über die dem Akt zu Grunde liegenden Prämissen eine Entscheidung gefällt: darin liegt der Wert, zugleich aber auch der Mangel der Institution. Es wird zwar Recht gesprochen, aber es wird nachträglich Recht gesprochen. Dass damit nicht allen Anforderungen der modernen Reformideen auf diesem Gebiete entsprochen wird, bedarf keiner Erörterung; eine solche fiele auch, als eine Spekulation de lege ferenda, ausser den dieser Arbeit gesteckten Rahmen.

Also nicht, wie hie und da behauptet wird, in der Zulässigkeit der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof liegt das Kriterium der Rechtsprechung; denn eine einfache polizeiliche Verfügung kann subjektive Rechte ebenso verletzen, wie die Judikatur über ein strittiges Heimatsrecht. Sie fängt aber auch nicht erst bei dem Verwaltungsgerichtshof an; es gibt aber Sachen, wo diess allerdings der Fall ist: alle jene Angelegenheiten, wo im Instanzenzug nicht Recht gesprochen, sondern ein einfacher Verwaltungsakt, eine Verfügung, Beurkundung oder Verordnung erlassen wurde.

---

# Zweite Abteilung.

## Die Lehre von der materiellen Rechtskraft im Verwaltungsrecht.

## Die Stellung der Literatur zu dem Gegenstande der Untersuchung.

### § 8.

Die ältere Literatur beschäftigt sich mit der Frage der materiellen Rechtskraft im Verwaltungsrecht nur ganz vereinzelt. Es erscheint diess begreiflich, da die Idee der rechtlichen Gebundenheit der Verwaltung nur sehr langsam Wurzeln fasste und durch die beständige Identifizirung von gerichtlicher Tätigkeit und Rechtsprechung die Scheidung der Begriffe Rechtsprechung und Verwaltung nicht erfolgen konnte. Bähr, dem, wie schon erwähnt, die Vorstellung, dass die Verwaltung an Rechtsnormen gebunden sei, gänzlich abhanden gekommen war, sagt in diesem Sinne (Rechtsstaat S. 69) „dass in Staaten, wo es keine „Verwaltungsgerichte gebe, jede Entscheidung den Verwaltungsbehörden „vom Regenten und seinen Ministern diktirt werden könne, und es gebe „da keine Rechtskraft, die dagegen schütze."

Nicht so extrem sind andere Schriftsteller, welche nur den öffentlichen Interessen gegenüber eine Rechtskraft ausschliessen. So eigentlich schon Funke (Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz S. 67): „Die von der Verwaltung innerhalb ihres Bereiches auf legale „Weise erteilten und anerkannten Rechte sind unwiderruflich, so- „weit nicht allgemeine Rücksichten den Widerruf erhei- „schen." Indess wird hier „Anerkennung" als privatrechtliches Rechtsgeschäft mit „Entscheidung" confundirt. Deutlicher schon F. F. Mayer (Grundsätze des Verwaltungsrechtes S. 34): „Man kann die „sogenannten Parteisachen, welche aus jedem Verwaltungsakte mög- „licherweise entstehen können, nicht als eine besondere materiell-eigen- „tümliche justizartige Classe verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten aus- „scheiden. Das Richtige ist vielmehr nur, dass in Absicht auf das „mitzuerörternde Verhältnis der Einzelnen zu einander das Rechts- „verfaren in besonderen entsprechenden Formen sich bewegt, und um

6*

„so eher eine formelle, das heisst auf die von den Einzelnen binnen „bestimmter Frist vorgebrachten und erwiesenen Tatsachen sich stützende „und rechtskräftig bindende Wirkung herbeiführt, je weniger dabei ein „unmittelbares öffentliches Interesse obwaltet.“ Der Ausdruck „formelle Wirkung“ ist offenbar im Hinblick auf die seinerzeit übliche Auffassung der Judikatswirkung als Schaffung „formellen Rechtes“ gebraucht.

Der oben erwähnte Satz ist aber in sich widersprechend; denn ist diese „formelle“, richtiger materiell rechtliche, Wirkung davon abhängig, ob in concreto mehr oder minder ein „unmittelbares“ öffentliches Interesse obwalte, so ist der durch die Entscheidung geschaffene Zustand das Gegenteil von dem, was man unter „formellem Recht“ zu verstehen hat.

Die österr. Schriftsteller kommen über diesen Standpunkt nicht hinaus. Exterde nimmt (in der österr. Ztschr. für Verw., 1871, No. 35 ff.) im Verwaltungsrecht zwar ohne Weiteres die „Rechtskraft des Urteils“ als geltend an, und macht als Rechtsquelle für diesen Satz: „die allgemeine Gepflogenheit“ der Verwaltungsbehörden geltend, welche dieselbe Stellung habe, wie das Gewohnheitsrecht im Civilrecht. Der Satz „res judicata jus facit inter partes“ gelte auch im Verwaltungsrecht. Damit stehe nicht im Widerspruch, dass ein „Urteil“, falls sich herausstelle, dass seine Durchführung mit dem öffentlichen Interesse „absolut“ unvereinbar sei, von Amtswegen oder über Begehren behoben werden könne. Am Schluss der Abhandlung bezeichnet er es als eine Singularität des Verwaltungsrechtes, „dass auch formell correkte ‚Urteile‘ zu Fall kommen können.“ Diess beruhe indess auf positiven Vorschriften, z. B. dem § 35 Heimatsgesetz, „weil für Statusrechte formelle Wahrheit nicht genüge.“ Eine Kritik dieser Aussprüche dürfte nicht erforderlich sein. Was der Autor unter den „Urteilen“ der Verwaltungsbehörden verstand, hat er verschwiegen.

Die Behauptung, dass sich die „Einwendung“ der res judicata im österr. Recht den öffentlichen Interessen gegenüber nicht erheben lasse, findet sich auch noch neuestens in den Gutachten von Pann und Prazak (Drei Gutachten zur Reform des administrativen Verfarens, S. 75[1]) und 93), wogegen in der Debatte über die Reformanträge ein

---

[1]) Pann bemerkt: „Erworbene Rechte sollen auch auf dem Gebiete „der Verwaltung ängstlich geschützt werden..... Andererseits muss man „aber widerspruchslos den Grundsatz anerkennen, dass gegen das öffentliche „Wol nie ein Beschluss in Rechtskraft erwachsen kann. . . .“ Gegen letzteren Satz erheben wir energisch Widerspruch. Es muss sich eben eine Formel finden lassen dafür, wann ein durch behördliche Aktion „erworbenes“ Recht vorliegt, wann nicht.

Redner über die Forderung des Referenten, dass unter Anderem auch die res judicata zu regeln sei, bemerkte, „es sei über diesen Passus kaum etwas zu sagen“, er enthalte „selbstverständliche Bestimmungen, wenn man überhaupt an eine Prozessreform denken solle“.

Schmitt (Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege, 1878, S. 5) äussert sich folgendermassen: Nach der herrschenden Lehre gelte auf dem Gebiete der Justiz, welche allein der Rechtsverwirklichung gewidmet worden sei, das Urteil unter Allen, die es angehe, gleich unantastbarem Gesetz. Anders stehe es im Verwaltungsrecht. Das Rechtsprechen in Verwaltungssachen gelte als Zubehör der Verwaltung selbst, und es seien daher die Staatsangehörigen gezwungen gewesen, in allen Fällen, in welchen sie sich durch die Verwaltung in einem öffentlichen Rechtsverhältnis verletzt glaubten, bei der Verwaltung selbst, die als Richter in der eigenen Sache fungire, klagend aufzutreten. Die Entscheidung darüber sei insoferne nicht der freien eigenen Rechterkenntnis der urteilenden Stelle anheim gegeben gewesen, als die Staatsregierung für berufen galt, auch auf die streitentscheidende Tätigkeit der Verwaltungsbehörden zu influiren und zwar mit der Befugnis Instruktionen wegen Auslegung und Anwendung der Gesetze zu erlassen. „Eine eigentliche Rechtskraft wurde daher (?) auch diesen Entscheidungen nicht beigelegt, vielmehr bei Unstatthaftigkeit eines weiteren Rekurses nur von Vollzugsreife gesprochen, ohne „eine künftige Abänderung schlechthin auszuschliessen.“

Hiezu sei zunächst bemerkt, dass nicht abzusehen ist, warum aus der Möglichkeit der Influirung des Erkenntnisses von oben die Abänderlichkeit desselben folgen müsse. Eine derartige Einflussname, und zwar des Staatsoberhauptes selber, bestand bis vor nicht langer Zeit in allen Staaten Europas auch auf den Gebieten der Justiz, ohne dass es Jemanden beigefallen wäre, deshalb dem „influirten“ Urteile materielle Rechtskraft abzusprechen.

Schmitt kommt übrigens gar nicht auf das punctum saliens, weil er so tut, als gebe es nur eine Rechtsprechung in Verwaltungssachen, nämlich jene über die Rechtsverletzungen der Behörden, und nur einen Streit, nämlich den Streit zwischen dem Verletzten und der Behörde, nicht einen solchen vor der Behörde. Darnach aber, welche Rechtswirkungen die nicht gesetzwidrige, sondern gesetzmässige Verwaltungsaktion habe, frägt Schmitt nicht.

Sarwey (Das öffentliche Recht S. 76) bemerkt im Vorbeigehen, dass eine Verwaltungsverfügung, „wenigstens der Regel nach“, jederzeit wieder abgeändert werden könne. Er verrät uns aber weder, worin

der Begriff der Verfügung liege, noch wie diese „Regel", und wie ihre Ausnamen aussehen.

Widerspruchsvoll ist die Darstellung Rösler's. In dem sonst so vorzüglichen Aufsatz: Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (in Grünhut's Ztschr. IV, S. 282) sagt derselbe: „Die rechtliche Kraft „der res judicata hat in der Verwaltung nicht dieselbe absolute (?) Be„deutung, wie in der Justiz.[2]) Allerdings muss auch hier der Grund„satz Ne bis in idem beobachtet werden; indessen können neue Um„stände eine Sache von Neuem streitig machen[3]) und ein verändertes „Urteil herbeiführen. Diess ergibt sich schon daraus, dass im Verwal„tungverfaren die formalen Prozessmaximen nicht so strenge anwendbar „sind. „Es wird nach den Umständen (!) zu beurteilen sein ob eine „Beschwerde auf den Einwand der bereits abgeurteilten Sache gestützt „werden kann oder nicht. Diess wird insbesondere hinsichtlich der Ent„scheidungen der unteren Vollzugsbehörden zu gelten haben, weil diesen „eine ordentliche Judikatur am wenigsten (??) zukommt. Hiernach wird „die Vorschrift des § 21 wegen des Einwandes der entschiedenen Sache „relativ (!?) zu beurteilen sein."

Was fängt wol der Richter oder Verwaltungsbeamte im concreten Fall mit einem Prinzip an, das je nach Umständen so oder anders ist? Und was soll man sich überhaupt unter der „relativen" Beurteilung des im § 21 niedergelegten Rechtssatzes vorstellen?

Eigentlich findet sich in dieser Darstellung das Prinzip der älteren Schriftsteller und Praktiker wieder, dass es im Ermessen der Verwaltung oder des Verwaltungsgerichtes liege, die „Umstände" für die Anwendbarkeit der res judicata gegeben zu erachten oder nicht, — eine Consequenz, die mit der Auffassung Rösler's, dass die Administration selbst Recht zu sprechen habe, schlecht genug harmonirt.

Ulbrich behandelt die Sache in seinem Lehrbuch des österr. Staatsrechtes (S. 438) folgendermassen: „Die materielle Rechtskraft „einer Verwaltungsverfügung richtet sich nach ihrem Inhalte. a) Ent-

---

[2]) Dazu folgende Anmerkung; „Daher (?) kann von einem wolerwor„benen Rechte auf Fortbestand einer einmal begründeten Verpflichtung „nach Art des Privatrechts auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes nicht „die Rede sein, obwol andererseits (!) wolerworbene Rechte auf diesem „Gebiete nicht überhaupt negirt werden können." Diese beiden Sätze widersprechen sich direkt. — Vgl. übrigens Rösler a. a. O. S. 261 und Soziales Verwaltungsrecht I, S. 76 und 78.

[3]) Diess Argument hört man öfter. Es ist kaum zu begreifen, dass man dabei stets vergisst, dass es ja auch im Civilrecht eine restitutio ob noviter reperta neben der res judicata gibt.

„hält die Verfügung einen Imperativ an eine bestimmte Person, so ist „dieselbe so lange daran gebunden, als nicht etwa die Behörde diesen „Imperativ zurücknimmt.... b) Enthält dieselbe die Deklaration über „den Bestand eines öffentlichen Rechtes einer bestimmten Person, so „wirkt dieselbe bei öffentlichen Statusrechten gegen Jedermann, sonst „für die einzelne Person und für den conkreten Fall. c) Gestattet „die Verfügung eine bestimmte Tätigkeit, so ist die Behörde so lange... „daran gebunden, als nicht durch polizeiwidriges Verhalten ein recht„licher Grund zur Zurückname eintritt. Versagt die Behörde eine „Tätigkeit, so ist ein wiederholtes Gesuch auf die erste Verfügung zu „verweisen.“ Ulbrich anerkennt also die materielle Rechtskraft solcher „Verfügungen“, die eine „Deklaration über den Bestand eines öffentlichen Rechtes enthalten“. Doch leidet auch seine Darstellung an dem Mangel einer Präzisirung des Begriffs der Verfügung, und insoferne an einem Widerspruch mit sich selbst, als er S. 449 die materielle Rechtskraft als ein spezifisches Kriterium der „richterlichen Tätigkeit der Verwaltungsbehörden“ betrachtet, unter welcher er die Judikatur in Polizeistraf- und administrativ-contentiösen Sachen begreift. Eine Begriffsbestimmung der letzteren gibt Ulbrich nicht[4]); aber auch darüber erfaren wir nichts, wie sich die „materielle Rechtskraft“ auf Seite 449 von der „materiellen Rechtskraft“ auf Seite 438 unterscheide. Unterscheiden sie sich nicht, worin liegt dann das Merkmal der für „die richterliche Tätigkeit“ postulirten Wirkungen?

Gerade die entgegengesetzte Ansicht vertritt Edgar Löning. In seinem Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes (S. 244) führt derselbe aus, Verfügungen können auch staatliche Willenserklärungen enthalten, „durch welche auf Grund eines Parteiantrages ein „streitiges subjektives öffentliches Recht festgestellt und anerkannt „werde“. Soweit nicht Verwaltungsgerichte einschreiten, können streitige Ansprüche des öffentlichen Rechts nur durch Verfügungen der Verwaltungsbehörden festgestellt werden. Eine solche Verfügung habe „zwar denselben Inhalt wie ein gerichtliches Urteil“ sei aber „weder ihren Voraussetzungen noch ihren rechtlichen Wirkungen nach ein solches“. Sie unterscheide sich von demselben erstens dadurch, dass die Behörde, die sie zu erlassen hat, auch in Ausübung dieser Funktion dem Aufsichtsrecht der vorgesetzten Behörde unterworfen sei, und deren Anweisungen zu befolgen habe; zweitens dadurch, dass die Ver-

---

[4]) Insbesondere lässt er uns im Unklaren, ob er darunter ausschliesslich Privatrechtsverhältnisse versteht. Aus seiner Exemplifikation auf S. 450 liesse sich auf das Gegenteil schliessen.

fügung „Rechtskraft im Sinne der gerichtlichen Verfarensordnungen nicht „gewinne“. Das Recht der Behörden, ihre eigenen Verfügungen oder die der untergeordneten aufzuheben oder abzuändern, bestehe auch in Ansehung solcher, „welche Rechtsansprüche feststellen“, könne jedoch „selbstredend“ nie wegen Unzweckmässigkeit, sondern nur wegen Rechtswidrigkeit ausgeübt werden. „Ist aber den Verwaltungsbehörden eine „richterliche Funktion in bürgerlichen Rechtssachen, Strafsachen oder „sogenannten Administrativ-Justizsachen übertragen, so sind auch ihre „Entscheidungen richterliche Urteile (?) und erhalten demnach Rechts„kraft.“

Also wieder die alte Verwechslung von richterlicher Tätigkeit und Rechtsprechung. Worin sich nach Löning „Feststellung bestrittener Rechtsansprüche“ und „richterliche Tätigkeit“ unterscheiden, bleibt unaufgeklärt; ebenso, was man sich heute unter „Administrativ-Justizsachen“ im Gegensatze zu privatrechtlichen und Strafsachen zu denken habe. Soll sich etwa der Verwaltungsbeamte, so oft es zweifelhaft wird, ob eine Sache rechtskräftig entschieden sei, fragen: War ich damals, als ich sie entschied, „Richter“ oder nicht? Und wie soll er diese Frage beantworten, wenn man ihm nicht sagt, worin denn das Ding liege, durch welches sich „Richten“ von der „Feststellung bestrittener Rechtsansprüche“ unterscheide? Wenn Löning sagt, die Verfügungen der Verwaltungsbehörden, auch wenn sie „ihrem Inhalt nach richterliche Urteile“ sind, haben die Wirkungen der Letzteren nicht, weil sie keine materielle Rechtskraft gewinnen, und wenn er weiters bemerkt: wenn sie aber materielle Rechtskraft erlangen, so sind sie eben richterliche Entscheidungen, nicht Verwaltungsverfügungen, so liegt darin wol nur eine Spielerei mit dem Wort „richterliche Tätigkeit“, dessen Kriterium dort in die Benennung der Behörde, hier in die Art ihrer geistigen Tätigkeit gelegt wird. Ob damit für die Praxis etwas gewonnen ist, wäre eine andere Frage.

Ein veränderter Gesichtspunkt machte sich übrigens geltend, sowie die Einführung eigentlicher, vom Verwaltungsorganismus losgelöster Verwaltungsgerichte verwirklicht worden war.

Das badische Gesetz vom 5. October 1863 war in dieser Hinsicht epochemachend. Es wies einzelne taxativ aufgezälte Angelegenheiten besonderen Verwaltungsgerichten zu, die in den Formen des gerichtlichen Verfarens zu judiziren hatten. Es war daher naheliegend, die Grundsätze, die im bürgerlichen Recht für die materielle Rechtskraft galten, auch für die Urteile der Verwaltungsgerichte zu adoptiren.

Diess geschieht denn auch in Weizel's Commentar des gedachten Gesetzes, wo im Anschluss zu § 93 Vollzugsinstr. die materielle Rechts-

kraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile behauptet wird. Alle übrigen Sachen rechnet Weizel zu den reinen Verwaltungs- und Polizeisachen, für welche es „in der Regel keine Rechtskraft gebe".

Gemäss § 88 der badischen V.-I. können die Verwaltungsbehörden in allen derlei Sachen, wie es auch „aus der Natur der Sache folge", von ihrer Verfügung wegen geänderter Absicht selbst wieder abgehen, „soferne nicht eine Partei durch die erlassene Verfügung bereits einen „gesetzmässigen Anspruch erworben habe", wie z. B. bei einer Baubewilligung oder der Genehmigung eines Gemeindebeschlusses. Dasselbe gelte dort, wo sich der Tatbestand verändert habe.

Diese Darstellung leidet meines Dafürhaltens an zwei Mängeln. Erstens soll aus der „Natur der Sache" folgen, was doch durch die rein zufällige Competenznormirung der badischen Gesetzgebung hervorgebracht wird, dass nämlich das einemal Verwaltungsgerichte, das anderemal Verwaltungsbehörden einschreiten. Die badische Gesetzgebung hat selbst seither wiederholt Verschiebungen der Competenzgrenzen Beider vorgenommen. Nicht in diesen Letzteren kann daher die Voraussetzung der materiellen Rechtskraft liegen, die denn auch Weizel selbst den Verwaltungsakten gegenüber nur „in der Regel" ausschliesst. Zweitens verfällt er in die von Gneist wiederholt gerügte petitio principii: Abänderlich ist ein Akt, der keine Rechte gewährt hat, Rechte aus dem Akt erwirbt man, wenn derselbe nicht mehr abänderlich ist. Weizel wirft, wie viele Andere, die Rechte, die durch Verfügungen geschaffen werden, mit jenen, die durch Entscheidungen festgestellt werden, durcheinander.

Auch Gerber (Grundzüge des deutschen Staatsrechtes, 1880, S. 188) bemerkt im Vorbeigehen, dass die Urteile der Verwaltungsgerichte in den meisten deutschen Staaten der Rechtskraft „fähig" seien. Das argumentum a contrario liegt auf der Hand.

Schmitt (Grundzüge S. 128) nimmt materielle Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile an, bemerkt aber dazu, „diese Frage „unterliege für einzelne einmalige Leistungen keiner Schwierigkeit; für „Erkenntnisse über dauernde Leistungen sei dieselbe natürlich durch „den Fortbestand teils der einschlagenden Rechtsnorm, teils der von „derselben für die ausgesprochene Rechtsfolge verlangten Tatsache „bedingt."

An einer andern Stelle[5]) sagt derselbe: „Die Judikatur setzt eine „im Streit nicht befangene Person voraus. Das Verfaren der Ver„waltungsbehörden kann nur als eine Selbstprüfung der Verwaltung

[5]) In den Juristischen Blättern, 1873, S. 199.

„betrachtet werden, mit dessen Ergebnis eine streitentschei-„dende Rechtswirkung nicht verbunden sein kann.“

Sarwey (a. a. O. S. 733) deduzirt die materielle Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile (im Gegensatz zu den Verwaltungsverfügungen, die in der Regel abänderlich seien) aus einer Analogie mit den Vorschriften der Civilprozessordnung, die „nur das Ergebnis der „logischen Entwickelung aus dem Begriff der Rechtsprechung über be-„strittene subjektive Rechte“ sein sollen. Doch seien hiebei einige aus der besonderen Natur der Verwaltungsrechtssachen sich ergebende Modifikationen zu beachten. Insoweit nämlich das öffentliche Interesse eine veränderte Massregel erfordere, welche mit dem „Inhalt“ des verwaltungsgerichtlichen Urteils nicht in Widerspruch trete, stehe das Letztere nicht entgegen.

Löning (a. a. O. S. 828) bemerkt kurz, den endgiltigen Urteilen der Verwaltungsgerichte komme „in demselben Umfange Rechtskraft zu, wie den Urteilen der ordentlichen Gerichte“; die darin festgestellten Befugnisse und Verpflichtungen seien als zu Recht bestehend vom Staate endgiltig anerkannt.

Ebenso G. Meyer (Lehrb. des deutschen Verwaltungsrechtes, I, S. 52): die „Wirkungen der Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen „Urteile sind dieselben wie im Civilprozess“.

Dagegen Gneist (Rechtslexikon, III, S. 1122: „Die sehr bedingte (?) „Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte ist eine Folge „der Natur ihrer Funktion: Nachprüfung des Verwaltungsaktes von „Seiten seiner Gesetzmässigkeit.“

Noch präziser hebt Gneist an anderer Stelle (Zur Verwaltungsreform in Preussen, 1880, S. 19) den Anspruch des in seinem Recht Verletzten auf Cassation des Verwaltungsaktes von dem Meritum der Sache selbst ab: „Es wird keineswegs ein selbstständiges Individualrecht „geschaffen, welches, wie im Civilprozess, nach der Verhandlungsmaxime „festzustellen und rechtskräftig zu entscheiden wäre. Es entsteht hier „keine res judicata inter partes.“ Auch das Aufsichtsrecht behufs Corrigirung fehlerhafter Akte bleibe aufrecht. Es sei (S. 75) ein Irrtum, beispielsweise den Streit über ein Gemeindestimmrecht wie einen Rechtsstreit über ein Statusrecht anzusehen. Es liege vielmehr ein Rechtsstreit über die richtige Ausführung der Walordnung vor, es könne daher (?) dieselbe Streitfrage bei jedem Walakte von Neuem erhoben werden. (Jedenfalls ein sehr erhebendes Schauspiel!) Die Klage werde nicht gegeben um ein Privatrecht, zu schützen, sondern das Interesse des Beteiligten werde erst dadurch zu einem Partei-

rechte, dass das Gesetz ein Beschwerderecht ex debito justitiae gewähre.[6])

Stengel (Die Organisation der preussischen Verwaltung S. 521 ff. 524) behauptet an der Hand der preussischen Praxis die materielle Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile; „in Beschlusssachen" dagegen könne es eine solche nicht geben.

Anders wieder B. v. Bismark (in Hartmanns Ztschr., 1879, S. 578): „Ob man den Spruch Urteil oder Entscheidung oder Beschluss „nennt, darauf würde nicht viel ankommen. Ein Teil der von den Ver„waltungsgerichten nach der jetzigen preussischen Gesetzgebung zu „treffenden Entscheidungen sind ja ihrem Wesen nach in der Tat nur „Verwaltungsverordnungen, nicht Urteile im wahren Sinne; ob ein Weg „der Besserung bedarf, ob eine Gewerbeconcession zu erteilen, das sind „Fragen, bei denen von einer materiellen Rechtskraft der Entschei„dungen nicht wol die Rede sein kann und auch, wo es sich um „dauernde Rechtsverhältnisse handelt, Walrecht, Verpflichtung zur „Zalung von Gemeindeabgaben u. s. w. soll wenigstens nach der Aus„legung unseres Oberverwaltungsgerichtes nur von Fall zu Fall ent„schieden werden ohne bindende Wirkung für die Zukunft, so dass auch „hier die praktische Bedeutung der res judicata auf ein Minimum be„schränkt wird, wobei ich freilich glaube, dass sich auch hier, wie im „Civilprozess mit der Zeit das Bedürfnis herausstellen wird, prinzi„pielle (?) Entscheidungen zuzulassen. Jedenfalls kann doch der Kreis„ausschuss nicht blosse Orakelsprüche abgeben, es wird ersichtlich sein „müssen, was er entscheidet und anordnet und wenigstens wünschens„wert bleiben, dass diess auch in der Form hervortritt; man wird wissen „müssen, welchen Tatbestand er dabei zu Grunde gelegt hat, und von „welcher Rechtsanschauung er ausgegangen, wenn eine Nachprüfung „ermöglicht werden soll. Weiter wird bei Lichte besehen nichts er„fordert."

Präziser sind die Ausführungen Josef Kohlers in der badischen Ztschr., 1873, S. 41: „Es ist unzweifelhaft", sagt derselbe, „dass der „Grundsatz der entschiedenen Sache auch auf dem Gebiete des Ver„waltungsrechtes Platz greift; denn er ist keine Eigentümlichkeit des „Civilrechtes, sondern ein unentbehrliches Requisit jeder richterlichen „Entscheidung; ein gerichtliches Verfahren, welches nicht auf die Un„erschütterlichkeit des errungenen Urteils tendirte, würde vollständig „ins Leere schiessen und die richterliche Tätigkeit zu einer nutzlosen,

---

[6]) Vgl. dagegen die richtige Bemerkung Löning's a. a. O. S. 798, Note 1.

„die Streitigkeiten nicht beendigenden, sondern verewigenden Funktion „herabwürdigen, und doch soll es Ziel und Endzweck dieser Tätigkeit „sein, ein streitiges Verhältnis in ein nicht streitiges zu verwandeln „oder mindestens zu erklären, dass der Staat ein bestimmtes Rechts- „verhältnis nicht mehr als streitiges, einer Entscheidung bedürftiges „ansehe. Diess wird auch durch den Umstand nicht alterirt, dass in den „früheren Organisationseinrichtungen die richterlichen Organe von „den administrativen nicht getrennt waren, denn es ist eben „nach der Tendenz und dem Gegenstand der Entscheidung im einzelnen „Fall zu prüfen, ob die betreffende Behörde eine richterliche „oder Verwaltungstätigkeit ausgeübt hat; erklärt nun der „jetzige Gesetzgeber eine Frage als Rechtsfrage, so muss vom Stand- „punkt des jetzigen Rechtes aus angenommen werden, dass die Be- „hörde, welche nach den früheren Gesetzen diese Sache zu entscheiden „befugt war, bei der Entscheidung in richterlicher Funktion tätig ge- „wesen ist."

Kohler anerkennt also, dass auch Verwaltungsbehörden richterliche Tätigkeit entwickeln können und nimmt dann materielle Rechtskraft als Wirkung derselben an.

Was wir vermissen, ist aber die Grenzbestimmung zwischen richterlicher und Verwaltungstätigkeit, ohne welche wir stes im Dunkeln tasten müssen.

Ausserdem zeigt sich bei Kohler eine Lücke, indem er auf jene richterlichen Funktionen vergisst, die den Verwaltungsbehörden auch nach dem neuen Gesetz vom 5. Oktober 1863 verblieben sind, wozu noch das Weitere kommt, dass auch Kohler „richterliche" mit „streitentscheidender" Tätigkeit identifizirt, was, wie ich nachgewiesen zu haben glaube, unrichtig ist.

Kohlers Ausführungen stützen sich übrigens auf eine Entscheidung des badischen Verwaltungsgerichtshofes vom 14. März 1871,[7]) welche besagt: Die Rechtskraft ist eine notwendige Eigenschaft jeder richterlichen Entscheidung und jeder Entscheidung, welche nach der jeweils bestehenden Organisation die Stelle einer richterlichen vertritt.

Im diametralen Gegensatz hiezu behauptet ein Aufsatz von Wirth (in derselben Zeitschrift, 1880, No. 2; auch abgedruckt in der österr. Zeitschrift für Verwaltung, 1881, S. 78), dass auch die Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte der materiellen Rechtskraft unfähig seien.

---

[7]) Dieselbe Zeitschrift, 1871, No. 8.

Der Gegensatz zwischen diesen und den Richtersprüchen des bürgerlichen Richters liege darin, dass Letztere für die Parteien in eadem quaestione neues Recht erzeugen, während Erstere nur einen deklarativen Charakter hätten, d. i. aussprächen, welche der gegenwärtig vorhandenen Rechtsnormen und in welcher Weise dieselben auf das streitige Rechtsverhältnis Anwendung finden. Erstere gewännen eine eigene selbstständige, von der Gesetzgebung unabhängige Existenz, während Letztere nur „ein Spiegelbild der Rechtsnorm blieben", folglich mit deren Änderung durch einen neuen Spruch ersetzt werden können. Theoretisch betrachtet könnte ein solcher deklarativer Rechtsspruch zu jeder Zeit von Neuem verlangt werden (?), was lediglich aus Opportunitätsgründen durch die formelle Rechtskraft ausgeschlossen werde. Der Grund liege in der Unfähigkeit der Parteien, über öffentliche Rechte zu disponiren; bei der gegenteiligen Anname stände es den Parteien frei, durch unrichtige Angaben, Verabredung etc. irrige Richtersprüche über öffentliche Rechtsverhältnisse zu erzielen, was unzulässig sei.

Gegen diese Ausführungen wendete sich Schmitt in einer kurzen Erwiederung (in derselben Zeitschr. No. 7, beziehungsweise No. 19 der österr. Zeitschr. f. Verw.), wo die virtuelle Gleichheit der verwaltungsgerichtlichen und gerichtlichen Urteile behauptet wird. Es wird darin der übrigens handgreifliche Irrtum Wirth's aufgedeckt, welcher materielle Rechtskraft mit der Frage verwechselt, ob die durch das Urteil anerkannten Rechte Änderungen in der Gesetzgebung Widerstand leisten können oder nicht. Richtig betont Schmitt, dass diese Widerstandskraft oder deren Mangel in der Natur der solchermassen anerkannten subjektiven Rechte seinen Grund hat und auch dort in Betracht kommt, wo ein „Urteil" nicht erflossen ist, ein „Rechtsstreit" nicht geführt wurde. Im Übrigen werden die Ansichten Wirth's bestritten, aber nicht widerlegt.[8])

[8]) So lange man, wie Schmitt, mit einem mehrdeutigen Ausdruck operirt, kann man nicht ins Klare kommen, wenn nicht präzise definirt wird, was jedesmal darunter verstanden wird. Unter den „Ansprüchen", um deren Feststellung es sich bei Schmitt dreht, kann man einmal den Anspruch gegen die Spruchbehörde auf eine Amtshandlung (beziehungsweise auf Cassation des rechtswidrigen Aktes), dann den Anspruch gegen die Spruchbehörde auf Feststellung des meritalen Rechtsverhältnisses, aber auch den Anspruch gegen den Drittbeteiligten, sowie jenen gegen die Gesammtheit auf eine Duldung, Leistung oder Unterlassung verstehen. Welcher Art ist der „Anspruch", der nach der Entscheidung „nunmehr zu Recht besteht"? Der Begriff des Parteianspruchs ist hier überhaupt unbrauchbar, weil

Die von Schmitt gerügte Verwechslung findet sich übrigens auch in einem anonymen Aufsatz in der Ztschr. für österr. Verwaltung, 1868, No. 52 (S. 206), der wegen seiner confusen Ausführungen bemerkenswert ist.

Rechtskraft und Exekution seien den verwaltungsgerichtlichen Erkenntnissen analog wie im Civilrecht zuzuschreiben. „Doch kann „die Rechtskraft einer verw.-ger. Entscheidung dem anerkannten „(von wem?) öffentlichen Rechte keine grössere Wirksamkeit ver„schaffen, als das unstreitige öffentliche Recht besitzt, d. h. es kann „ihm keine grössere Festigkeit gewähren, als es seine auf den Staat „bezogene Natur zulässt. Wenn der Staat sich ändert und mit ihm „die Gesetzgebung, so ändert sich auch das richterliche anerkannte „öffentliche Recht einer Körperschaft oder eines Einzelnen, ganz „ebenso wie das Recht jener Personen, die keinen Prozess „führten. Das Erkenntnis kann kein festes Privatrecht schaffen und „hebt die Wandelbarkeit aller öffentlichen Rechtsordnung nicht auf."

Der Verfasser dieser Zeilen scheint offenbar von Expropriation, Grundentlastung u. dgl. nie etwas gehört zu haben, sonst könnte er kaum voraussetzen, dass Privatrechte stets den öffentlichen Interessen oder gar der Gesetzgebung Widerstand leisten. „Materielle Rechtskraft" und „Widerstandskraft gegen veränderte Gesetzgebung" sind zwei ganz verschiedene Dinge.

Hiemit ist die deutsche Literatur, soweit mir dieselbe zugänglich war, erschöpft.

Es mag vielleicht noch von Interesse sein, die Ansicht einiger französischer Schriftsteller zu vernehmen.

Die Norm des Art. 1351 des Code civil: L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles contre elles en la même qualité — findet nach der allgemeinen Ansicht im Verwaltungsrecht Anwendung. Fraglich bleibt nur, was denn als „jugement" zu betrachten sei, und in diesem Punkte weichen die Ansichten der französischen Autoren sehr von einander ab.

Pradier-Fodéré (Précis de droit administratif, 1872, S. 677), behandelt die Frage in einem Capitel, überschrieben „Domaine de l'administration contentieuse" mit folgenden Worten: L'autorité de la

---

er eine Parteiaktion in den Vordergrund treten lässt, während doch die Tendenz der Behörde, welche über die Parteiansprüche auch hinausgehen kann, das massgebende Moment ist.

chose jugée n'a pas en matière administrative le même absolu, qu'en matière civile. De nouvelles circonstances en effet peuvent faire remettre en litige et juger différem ment la même question. Mais la maxime non bis idem s'applique aussi aux décisions de l'administration. Les décisions des tribunaux administratifs produisent la chose jugée.

Damit ist aber nicht viel geholfen, denn „tribunaux administratifs" können nach Pradier so ziemlich alle staatlichen Verwaltungsinstanzen sein.

Was aber das andere Kriterium, die „administration contentieuse" betrifft, so ist dieser Begriff selbst nichts weniger als klar und ein Kunterbunt aller möglichen Angelegenheiten.

Contentieux administratif ist allerdings das Verfaren über die Beschwerden wegen der von den Behörden begangenen Rechtsverletzungen, aber auch das Verfaren anlässlich der von der Verwaltung abgeschlossenen privatrechtlichen Verträge.

Es gibt ferner ganz heterogene Agenden, die im Contentieux blos deshalb entschieden werden, weil es von Wert erscheint, dieselben in einem contradiktorischen Verfaren zu behandeln, wie z. B. die Genehmigung der Prozessführung der Gemeinden u. dgl. mehr.

Auch die Entscheidungen über die von den Verwaltungsbehörden begangenen Rechtsverletzungen grenzen sich nicht scharf genug von der Competenz einer Rechtsmittelinstanz ab, weil unter „excès de pouvoir", bei dessen Vorhandensein nach der Generalclausel des Gesetzes vom 24. Mai 1872 die Competenz des Conseil d'État gegeben ist, auch die unrichtige Auffassung von tatsächlichen Umständen verstanden wird, deren Würdigung im technischen Ermessen der Verwaltungsbehörde liegt.[10])

In gleichem Sinne, nur noch unklarer, behandelt die Sache Block (Dictionnaire de l'administration française v. chose jugée).

Er sagt: „L'autorité de la chose jugée s'applique en matière administrative aux décisions administratives survenues au contentieux. Les „principes sont les mêmes qu'en matière civile: ainsi par exemple lors „qu'une demande a été rejetée par le Conseil d'État elle ne peut plus „être reproduite. Mais les actes administratifs pris par un ministre, un préfet ou tout autre dans la limite de leurs pouvoirs ne „font point obstacle a ce que les particuliers lésés reclament „devant la juridiction competente. L'arrêté d'un Conseil de „préfecture décidant qu'un terrain n'a pas été compris dans une

[9]) Vgl. dazu E. Löning in Hartmann's Ztschr., 1880, S. 13 ff., Stengel in Hirth's Annalen, 1875, S. 1318.

[10]) Vgl. hiezu E. Meier in Holzendorff's Encyklopädie S. 1176.

„vente nationale ne fait obstacle à ce que les tribunaux ordinaires se „prononcent ulterieurement sur la question de propriété.“

Dass darüber, was materielle Rechtskraft erreichen kann, aus dem Begriff des Contentieux Präzises zu entwickeln wäre, lässt sich bei der prinziplosen Subsumtion aller möglichen Agenden unter diesen Begriff ebensowenig erwarten, wie darüber aus dem Begriff der preussischen „streitigen“ Verwaltungssachen Klarheit zu gewinnen ist. Ganz auf dem richtigen Wege ist daher Aucoc, der bei unserer Frage das Contentieux ganz bei Seite lässt, und zunächst nach der Begriffsbestimmung der „décision“ sucht.

Mit Unrecht habe man, sagt Aucoc (Conférences sur l'administration etc., 1878, I, S. 468 ff.), „actes de juridiction“ angenommen, wo blos „actes de gestion“ oder „de commandement“ vorlägen, und sich darauf gestützt, dass solche Akte binnen drei Monaten, falls kein Rechtsmittel ergriffen wurde, „la force de chose jugée“ erreichen. „Nous repondons que l'Obligation de former une reclamation dans „trois mois n'empêche pas que cet acte ait le caractère d'un „jugement.“ Auch die „rôles de contributions directes“ würden binnen drei Monaten rechtskräftig, ebenso Dekrete, womit Gehalt oder Besoldung angewiesen werden, und doch liege hier sicherlich kein jugement vor. Wenn eine Rekursfrist statuirt werde, so geschehe es nur „pour „ne pas laisser traîner les affaires en longueur“. Schliesslich bemerkt er: „Mais, dit-on encore: le ministre ne peut plus revenir sur sa dé„cision. Non, parceque elle constitue un droit, soit au trésor, soit „aux particuliers. Il en est de même pour les rôles de contributions „directes. Cela n'est pas un caractère exclusivement propre à un „jugement.“

Damit ist der wichtige Satz anerkannt, dass nicht alle Administrativakte, durch welche Rechte geschaffen werden, Rechtsprechung sind. Das Kriterium der chose jugée muss also anderwärts liegen[11]) und es ist jedenfalls von Wert, dass durch Aucoc diesem Gedanken Bahn gebrochen wurde.

[11]) Die so häufig in Deutschland als unerlässliches Merkmal jeder Rechtsprechung geforderte „Unabhängigkeit“ der entscheidenden Behörde, wird von den französischen Schriftstellern nicht einmal erwähnt. War doch der Conseil d'État selbst bis in die neueste Zeit nur ein beratendes Organ des Kaisers, das eigentlich nicht entschied, sondern nur „avis“ abgab. Und was die Unabhängigkeit der Conseils de préfecture betrifft, so weiss man im Allgemeinen zur Genüge, wie es um dieselbe bestellt ist. Sollte es deshalb in Frankreich keine Rechtsprechung in Verwaltungssachen geben?

## Die bisherige legislative Behandlung der Frage.

§ 9.

Vorerst mögen einige Worte über das römische Recht gestattet sein. Wiewol ich nicht in der Lage bin, über das römische Verwaltungsrecht auf Grund eigener Quellenforschung zu sprechen, so erscheint mir doch die Art, wie die materielle Rechtskraft im römischen öffentlichen Recht behandelt wurde, zu interessant, um nicht, auf die Gefahr hin, mich mit fremden Federn zu schmücken, einige in den Rahmen meiner Darstellung passende Daten anzuführen.

Aus der rechtlich völlig unbeschränkten Macht der römischen Magistrate, die ihren tieferen Grund in dem gänzlichen Aufgehen der Person und der Interessen des einzelnen Bürgers im Staatsinteresse findet, folgt mit Notwendigkeit, dass das im römischen Privatrecht zu so hoher technischer Vollendung gelangte Institut der materiellen Rechtskraft im öffentlichen Recht nicht zur Entwickelung kommen konnte. Der Begriff der Rechtsprechung beschränkt sich zwar nicht so ausschliesslich auf das privatrechtliche Gebiet, als es den Anschein hat. Die Entscheidungen des Censors über die Steuerpflicht, des Prätors über die Zalung der multa, der Ädilen über die Leistung der „operae", des Consuls über die Kriegsdienst- oder Geschworenenpflicht sind Akte, die augenscheinlich der heutigen Rechtsprechung in Verwaltungssachen sehr ähnlich sind. Allein die Unterordnung der öffentlichen Interessen unter subjektive durch eine Entscheidung erworbene Rechte vertrug sich mit der Omnipotenz des römischen Staates nicht. Dieser Staatsbegriff war ein so machtvoller, dass er selbst die uns heute geläufige Idee der Gleichstellung des Staates mit dem Bürger auf privatrechtlichem Gebiet nicht vertrug. Denn in älterer Zeit ist der Rechtsweg gegen den Fiskus ganz ausgeschlossen gewesen. Es ist daher begreiflich, dass über die materielle Rechtskraft im öffentlichen Recht in den Rechtsquellen Nichts zu finden ist. Im Gegenteil, grundsätzlich ist dem

Magistrat jedes Abgehen von früheren Entschlüssen gestattet: „Quod „jussit vetuitve praetor contrario imperio tollere et remittere licet; de „sententiis contra." (L. 14. D. de re jud. 42. 1.)

Ich glaube aber nicht, dass sich daraus, wie es bei Mommsen (Röm. Staatsrecht II, S. 848) geschieht, schliessen lässt, der Mangel der materiellen Rechtskraft bilde das Kriterium der obrigkeitlichen Gewalt im Gegensatz zum Urteilsspruch. Beruhte doch der Urteilsspruch gleichfalls auf obrigkeitlicher Gewalt, da der judex vom Prätor delegirt war. Es mag ferner dahingestellt bleiben, ob unter „sententia" wirklich nur das Urteil des judex zu verstehen sei; für die spätere Zeit ist diess sicherlich nicht mehr der Fall. (L. 1. C. Sent. resc. non posse 7. 50.)

Mindestens zur Zeit, als der ordo judiciorum verschwand und die extraordinaria cognitio die Regel wurde, musste sich gewiss in Rom dieselbe Frage nach dem Begriff der sententia ergeben, wie heutzutage bei uns, die wir in der Judikatur der modernen Verwaltungsbehörden eine der extraordinaria cognitio ganz ähnliche Einrichtung besitzen.

Ich vermute, dass sich nicht sowol Akte obrigkeitlicher Gewalt und materielle Rechtskraft, als diese und die Regelung öffentlicher Rechtsverhältnisse ausschlossen.

Es spricht dafür ein Edikt des Tiberius Alexander, welches nach Mommsen (a. a. o. S. 164) die Zulässigkeit wiederholter Vindikationen betreffs des Bodeneigentums der Gemeinden in der Provinz Egypten vorauszusetzen scheint. Mommsen schliesst daraus, dass trotz erfolgter Abweisung der Vindikation der Gemeinde ihre Wiederholung im Interesse der Letzteren zulässig und dass im Gemeindevermögensrecht die materielle Rechtskraft ausgeschlossen war.

Unterstützt wird ferner jene Anname durch einige interessante Einrichtungen, durch welche die Römer mit der ihnen in derlei Dingen eigenen Rabulistik die Consequenzen jenes Mangels zu umgehen suchten, wenn dieselben recht peinlich wurden.

Zunächst zeigt sich das Bestreben, in gewissen Fällen das Recht des Staates auf öffentliche Abgaben an Private zu übertragen, augenscheinlich um dies Gebiet dadurch der Privatrechtssphäre zu überweisen. So wurde schon früh der Reiter mit seiner Soldforderung an einen zur Zalung derselben verpflichteten Bürger (aes hordearium), späterhin überhaupt der soldberechtigte Soldat an eine Privatperson gewiesen; in derselben Tendenz erfolgte die Verdingung schuldiger, aber nicht geleisteter Frohnden und die Zuweisung contraktwidriger Lieferungen an

Private mit der Anweisung zur Eintreibung derselben. Auch die Steuerverpachtung verfolgte mindestens nebenbei dieses Ziel.

Ein ferneres Mittel dieser Art ist der Scheinprozess in seiner Anwendung auf öffentliche Rechtsverhältnisse. Der Weg, auf welchem die Competenz des judex zur Entscheidung über Fragen des öffentlichen Rechtes künstlich geschaffen wurde, ist die sponsio praejudicialis.[1])

Bekannte Beispiele dieser Art sind der Streit zweier Feldherren über das Recht auf die corona muralis (Livius 26. 48), über das Recht einen Triumph abzuhalten (Val. Max. II, 8. 2). Bedenkt man, wie sehr schon die legis actio per sacramentum zu derlei Scheinprozessen verlockte, zumal in dieser legis actio der Prozess selbst sich formell um die Frage „cujus sacramentum justum est" drehte, so muss man wol annehmen, dass dies Mittel ziemlich häufig zur Anwendung kam und weiters, dass die Römer das Fehlen der res judicata im öffentlichen Recht als einen Übelstand empfanden.[2])

Auch die actio popularis scheint mir dem gleichen Bedürfnis entsprungen zu sein. Für eine Reihe polizeilicher Agenden wurde dadurch die gerichtliche Judikatur erzielt, und ich finde in dieser letzteren hier das eigentliche und klassische Vorbild der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit; classisch darum, weil das Problem der Auseinanderhaltung von Judikatur und Vertretung öffentlicher Interessen dabei in der einfachsten Weise und doch ganz trefflich gelöst war, freilich auf Grund von Voraussetzungen, die auf unsere Verhältnisse nicht passen.[3])

---

[1]) Näheres bei Mommsen a. a. O. II, S. 434 ff. und Ihering, Geist d. r. R. II, 1, S. 83 ff. Ihering erklärt diese Anwendung der sponsio praejudicialis unter dem Gesichtspunkte der juristischen Ökonomie.

[2]) Der römische Scheinprozess ist stets das Resultat eines Misbehagens dieser Art, worüber hier wol auf die Arbeiten Iherings und Degenkolbs verwiesen werden darf.

Frappirend ist die Analogie des römischen Scheinprozesses mit dem englischen, der ganz die gleiche Tendenz verfolgt, ein Punkt, auf den Ihering, wenn ich mich recht entsinne, seinerzeit in seinen Vorlesungen an der Wiener Universität in höchst interessanter Weise hingewiesen hat. (Um ein berühmtes Beispiel zu citiren, sei an die Scheinprozesse erinnert, die Bradlaugh selbst, sowie seine Freunde und Gegner anstrengten, um einen gerichtlichen Spruch darüber zu erreichen, ob der Genannte trotz der Eidesverweigerung seinen Sitz im Parlamente einzunehmen berechtigt sei. Den Anhaltspunkt dazu bildete eine Parlamentsakte, welche den unbefugter Weise im Parlament eingenommenen Sitz mit 500 Pfd. Sterling Geldstrafe bedroht.

[3]) Auch hier lässt sich eine bemerkenswerte Analogie mit dem englischen Anklageprinzip constatiren. Nebenbei bemerkt, hat das englische Recht auch den Grundsatz der prinzipiellen Unzulässigkeit der Klage gegen den Staat wegen privatrechtlicher Ansprüche, zu der erst die Bewilligung des Ministers eingeholt werden muss.

Nicht ohne Wichtigkeit scheint mir ferner der auffällige Umstand zu sein, dass die Judikatur einiger Magistrate in verschiedenartiger Weise vor sich ging, je nachdem mehrere Beteiligte dem Magistrat gegenüberstanden oder nicht.

Im ersteren Falle entschied der Magistrat mit Geschworenen, im letzteren nicht. Diess hatte nicht nur statt in privatrechtlichen Angelegenheiten, wie in Streitigkeiten vor den Ädilen wegen Käufen auf offenem Markt und wegen Beschädigungen, die durch getärliche Thiere verursacht wurden, sondern auch in Sachen publici juris, wie in Wasserrechtssachen, in Streitigkeiten wegen Störung in Wasserleitungen, Grenzstreitigkeiten zwischen der Gemeinde und Einzelnen u. a. m., die sich vor dem Censor mit Geschworenen abspielten, während der Censor in anderen Dingen allein entschied. Diese Geschworenencollegien, unter Vorsitz des Censors, bieten gleichfalls eine starke Ähnlichkeit mit modernen Verwaltungsgerichten dar, und es ist wol sehr wahrscheinlich, dass deren Erkenntnisse mindestens den Parteien gegenüber materielle Rechtskraft besassen. Die besondere Zusammensetzung der Spruchbehörde und das dadurch beeinflusste Verfaren deuten wol darauf hin. Der Magistrat aber erachtet sich schwerlich durch ein derartiges Erkenntnis für gebunden, wenn die mit der Sentenz geschaffene Rechtslage nach seinem Ermessen mit öffentlichen Interessen in Conflikt geriet. [4])

Ähnlich scheint auch der Standpunkt des canonischen Rechts gewesen zu sein, nur etwas verschärft durch den heiligen Charakter desselben.

Ein Recht, das sich selbst einen göttlichen Ursprung beilegt, kann nicht gut umhin, jeden mit seinen Normen im Widerspruch stehenden Akt für wirkungslos zu erklären. Demgemäss setzen die Dekretalen Gregors des Neunten dem 27. Titel des 2. Buches den Satz voran: „Sententia

---

[4]) Es sei hier noch einer Einrichtung erwähnt, die eine ganz merkwürdige Ähnlichkeit mit den modernen Verwaltungsgerichtshöfen zeigt. Dieselbe knüpfte sich an das zur Vermeidung und Sanirung der Missbräuche magistratischer Omnipotenz eingeführte Intercessionsrecht gleichgestellter und höherer Magistrate. Aus dem Intercessionsrecht der Tribunen entwickelt sich ein förmlicher Verwaltungscassationshof ohne meritale Competenz. Das Tribunencollegium hielt seine fixen Sitzungen, in denen die verletzten Parteien ihre Beschwerden vorbrachten (appellatio), der Magistrat seine angefochtene Verfügung verteidigte und nach abgehaltener Beratung die Sentenz unter Angabe der Gründe verkündet wurde (Mommsen a. a. O. S. 266). Man ersieht aus Alledem, dass es nicht richtig ist, wenn hie und da (z. B. von Sarwey, Das öff. R. S. 165) behauptet wird, es habe in Rom keine Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts gegeben.

lata contra leges vel canones non tenet, nec ab eo opus est appellare." C. 7. 11 desselben Titels, dann C. 1. 5. 6 (X de frig. 4. 15) enthalten den bekannten Satz des canonischen Rechts, dass das Urteil über die Ungiltigkeit einer Ehe materielle Rechtskraft nicht beschreite, dass vielmehr stets von Neuem darüber gestritten werden könne. Den Parteien gegenüber wird die materielle Rechtskraft allerdings anerkannt in C. 19—22 X, 2. 27. C. 2. Sext. II, 12. 2.

Was endlich die neuere Verwaltungsgesetzgebung betrifft, so enthält dieselbe über unsere Frage so gut wie Nichts.

In der Zeit, aus welcher der grösste Teil dieser Gesetzgebung stammt, trat die Idee, dass die Verwaltung an Rechtsnormen nicht gebunden sei, zu sehr in den Vordergrund, als dass sich diessbezüglich allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze zur Codifikation geeignet hätten.

Bemerkenswert ist daher der Versuch, auf den man hie und da stösst, die materielle Rechtskraft unter den Gesichtspunkt eines „Privatrechtstitels" zu bringen. Diese Idee konnte nur einer Identifizirung der Begriffe „subjektives Recht" und „Privatrecht" ihre Entstehung verdanken. Sind alle Rechte, an denen sich das „freie" Ermessen der Verwaltung bricht, Privatrechte, dann müssen unter letzteren allerdings auch jene Rechte zu verstehen sein, deren Inbegriff man als materielle Rechtskraft zu bezeichnen gewohnt ist. Massgebend für den Begriff des Privatrechts ist nun nach sehr vielen Gesetzen deutscher Staaten[5]) das Vorliegen eines „Privatrechtstitels". Was hierunter zu verstehen sei, darüber hat freilich von jeher Streit geherrscht.

Nebst Vertrag, letztwilliger Verfügung, „Privatwillenserklärungen", Ersitzung, Anerkennung, Privilegien, Statuten, Herkommen, Gewohnheiten werden auch „rechtskräftige Entscheidungen" als Privatrechtstitel bezeichnet.[6])

---

[5]) Den „Privatrechtstitel" (auch „besonderer Rechtstitel", „besonderer Titel", „privatrechtlicher Titel" u. dgl. genannt) erwähnen beispielsweise das sächsische Gesetz v. 28. Jänner 1835, das preussische Gesetz v. 11. Mai 1842 (dazu die authentische Interpretation in der K. G. E. v. 16./4. 1853 [J. M. Bl. S. 211] und v. 4. Febr. 1854 [J. M. Bl. S. 332]), das bayrische Wassergesetz v. 28./5. 1852, die österreichischen Wassergesetze, das österreichische confessionelle Gesetz vom 7. Mai 1874 (§ 21, 55), das Jagdgesetz v. 10. Sept. 1849, No. 386; § 30 der Gew.-Ordng. alinea 4 (vgl. deutsche Gew.-Ordng. § 19), die öst. Strassengesetze (Beispiele: V. G. H. 595, 2041, 2236) u. a. m.

[6]) Einstimmigkeit darüber wurde nie erzielt. Sowie sich einmal der Begriff des öffentlichen (subjektiven) Rechtes bildete, musste jedesmal der Constatirung des Privatrechtstitels im conkreten Fall ein Cirkelschluss

Es liegt uns nun ferne, hier eine Kritik des Begriffs des Privatrechtstitels, dieser „partie honteuse des Verwaltungsrechtes“ [7]), zu geben. Nur das Eine sei hervorgehoben, dass die Subsumirung der Entscheidungen unter die Privatrechtstitel wol gänzlich vergriffen und nur unter dem ziemlich allgemein verlassenen Gesichtspunkt einer im gerichtlichen Urteil liegenden Novation erklärlich ist. Wäre das Urteil eine Novation, dann könnte man allerdings die Entscheidung die Entstehungsart des Rechtes nennen, und wenn man weiter, wie es seinerzeit üblich war, die Begriffe subjektives Recht und Privatrecht identifiziren würde, so liesse sich gegen jene Subsumtion Nichts einwenden. Allein durch die Entscheidung entsteht das darin festgestellte Rechtsverhältnis nicht erst, es wird dadurch nur von einer staatlicherseits bevorrechteten Person als bestehend anerkannt, und das Rechtsverhältnis, welches aus der Entscheidung entsteht, ist nicht identisch mit jenem,

---

zu Grunde liegen: Privatrechtstitel ist ein Tatbestand, der Privatrechte erzeugt.

7) Lemayer in Grünhut's Ztschr. VIII, S. 762. Jener Ausdruck selbst ist schon irreführend, weil er alles Gewicht auf die Entstehungsart einer subjektiven Berechtigung legt und dem Wahne Ausdruck gibt, als liesse sich eine bestimmte Categorie von Tatbeständen a priori fixiren, welche stets nur Privatrechte erzeugen. Es können aber aus einem und demselben Tatbestande sowol öffentliche als Privatrechte entstehen. Aus einem Vertrage entspringt die Pflicht zur vereinbarten Leistung und zugleich die Pflicht, eine Gebühr zu zalen; aus einer letztwilligen Verfügung kann die privatrechtliche Pflicht zur Zalung eines Stiftungscapitales und das öffentlich-rechtliche Institut der „Stiftung“ entstehen u. s. w. Mit zwingender Notwendigkeit kam man daher in der Praxis zu dem Satze, welcher den in Note 6 gerügten Zirkelschluss enthält: „Nur wenn der Vertrag Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstand hat, kann er als privatrechtlicher Titel gelten.“ Vgl. z. B. E. d. Stuttg. Ob. Trib. v. 3. Mai 1861 und E. d. deutschen R. G. v. 6. Febr. 1880; ähnlich bezüglich des Herkommens V. G. H. 595 und E. d. obst. G. H. v. 28. April 1885 (G. Ztg. 1885, No. 48) u. a. m. Wozu dann dieser „Titel“ überhaupt noch als Kriterium eines Begriffs, dessen wesentliche Merkmale ich ausserhalb jenes „Titels“ suchen muss?

Nebst den im Texte genannten kommen als Privatrechtstitel noch vor: negotiorum gestio (E. d. bad. V. G. H. v. 9. April 1872, Bad. Ztschr. 1872, S. 95); Dolus, Delikt, ja selbst die Behauptung der Nichtschuld (condictio indebiti, eine Ansicht, welche in dem preussischen Gesetz vom 24. Mai 1861 ihren Ausdruck fand); vgl. E. d. öst. obst. G. H. vom 7. Febr. 1872 (Prazak in Samitsch' Ztschr. 1879, S. 193), E. d. Berl. G. H. f. Comp. C. vom 10. Okt. 1874, V. G. H. 341, 1450, 1275 und öfter. Neuestens hat der V. G. H. (2236) die Auffassung, dass rechtskräftige Entscheidungen einen Privatrechtstitel bilden, nicht prinzipiell, sondern nur aus anderweitigen hier nicht interessirenden Gründen abgelehnt.

welches dadurch anerkannt wurde. Für dieses letztere kann daher augenscheinlich die Entscheidung nicht die Bedeutung einer rechtserzeugenden Tatsache haben und damit entfällt die Anwendbarkeit des Begriffes des Privatrechtstitels von selbst.

Indess ist die entgegengesetzte Ansicht nicht selten; ja sie hat sogar hie und da in Gesetzen Eingang gefunden. Die Subsumtion verwaltungsbehördlicher (nicht bloss gerichtlicher) Entscheidungen unter die Privatrechtstitel hätte allerdings eine besondere Bedeutung, weil, abgesehen von der dadurch bedingten Competenzverschiebung, die materielle Rechtskraft damit eine unzweideutige legislative Anerkennung erhalten würde. Freilich wäre dabei mindestens der Versuch, den Begriff der „Entscheidung" zu entwickeln, dringend notwendig gewesen. An sich liegt ja jener Nomenklatur der zweifellos richtige Gedanke zu Grunde, dass die Tatsache der Entscheidung als solche ein neues Rechtsverhältnis erzeuge, und nur die Idee, dass dadurch ein Privatrechtsverhältnis und zwar an Stelle des alten, welches novirt werde, entstehe, war verfehlt. Es lag also doch nahe, zu untersuchen, welche von den verschiedenen Formen der Verwaltungstätigkeit „Entscheidungen" seien, welche nicht. In diesem Punkte hat aber die Literatur ihre Aufgabe nicht erfüllt. Die Gesetze, welche vom Privatrechtstitel reden, definiren denselben gleichfalls nicht und geben auch nur vereinzelt eine Exemplifikation, wie das sächsische Gesetz vom 28. Jänner 1835, welches unter Anderem auch „rechtskräftige Entscheidungen" als Privatrechtstitel bezeichnet. Es ist nicht anzunehmen, dass diess Gesetz darunter nur gerichtliche Urteile verstanden wissen wollte, weil in Fällen, in denen von vornherein die Gerichte eingeschritten sind, in der Regel über die privatrechtliche Natur einer Sache kein Zweifel besteht, es also überflüssig wäre, hier durch die Entscheidnng einen Privatrechtstitel erst entstehen zu lassen. Die meisten übrigen Gesetze begnügen sich allerdings mit der Anführung des Ausdruckes „Privatrechtstitel" und überlassen es der Wissenschaft, den Umfang desselben zu bestimmen. Gerade hier aber herrschen zalreiche Meinungsverschiedenheiten. Nicht alle rechnen überhaupt die res judicata unter den Privatrechtstitel, so H. Schulze (a. a. O. II, S. 845) der nur Privileg, Vertrag und Verjährung darunter begreift; andere zählen zwar „rechtskräftige Entscheidungen" unter die Privatrechtstitel, lassen uns aber, sei es absichtlich oder unabsichtlich, im Unklaren darüber, ob sie diesen „Rechtstitel" auch auf Verwaltungssachen erstrecken und wenn ja, ob auf alle Verwaltungssachen. In diesem Zweifel lassen uns auch Leuthold (Sächs. Verwaltungsrecht) und Funke, obwol sich diesen die Frage bei ihrer Commentirung des oben citirten sächsischen Gesetzes

aufgedrängt haben müsste[8]), dann aber auch neuestens Sarwey, der derselben einfach aus dem Wege geht (a. a. O. S. 319, 367.)[9]) Deutlicher ist Peyrer (Wasserrecht, S. 127): „Als Privatrechtstitel sind „alle jene zu betrachten, welche das bürgerliche Recht als solche „anerkennt(?)[10]), als Verträge, richterliche Urteile, behördliche Entschei- „dungen u. dgl." Peyrer setzt also den richterlichen Urteilen die verwaltungsbehördlichen Entscheidungen ausdrücklich entgegen.[11]) Hienach wären überall, wo ein Gesetz vom „Privatrechtstitel" spricht, darunter auch rechtskräftige verwaltungsbehördliche Entscheidungen zu verstehen. Diese Ansicht ist aber unhaltbar.

Gewährt in einigen oder auch nur in einer Verwaltungssache die rechtskräftige behördliche Entscheidung einen „Privatrechtstitel", so muss diess consequent entweder bei allen Verwaltungssachen Rechtens

---

[8]) Funke äussert sich zwar über die Frage, aber nicht bei Besprechung des oben gedachten Gesetzes, sondern an anderer Stelle (S. 66) und zwar mit der verfehlten Bemerkung, res judicata sei kein Privatrechtstitel, „weil sonst der Justiz ein Urteil über die Entscheidung zustünde". Ich dächte, gerade das Umgekehrte wäre die Folge der Anerkennung eines solchen Privatrechtstitels; das Gericht wäre an die Entscheidung gebunden.

[9]) Sarwey nennt allerdings an anderer Stelle (S. 316) nur „rechtskräftige Erkenntnisse des Civilgerichts". Abgesehen hievon scheint mir seine Darstellung an erheblicher Unklarheit zu leiden. „Die innere Natur des im Streit befindlichen Rechtes" soll den Ausschlag geben; Angelegenheiten, für welche „privatrechtliche Grundsätze" (?) massgebend werden, seien vor die Verwaltungsgerichte gehörig, „so lange der Privatrechtstitel das Recht nicht selbst in seinem Wesen ergreift". Andrerseits könne ein Privatrechtstitel so ausschliesslich die vermögensrechtlichen Wirkungen bestimmen, „dass jede Beziehung auf das öffentliche Recht" wegfalle. Es möge irgend ein Praktiker versuchen, an der Hand dieser Sätze im conkreten Fall zu bestimmen, ob ein Privatrechtstitel vorliege oder nicht — ich glaube nicht, dass es möglich wäre, man käme denn zu jener Auffassung zurück, die ich bereits oben (S. 2) angedeutet habe, dass es nämlich darauf ankomme, ob die Gesammtheit ein Interesse am Gegenstand der Entscheidung besitze oder nicht. Die von Sarwey gebrauchten Formeln umschreiben diesen Gedanken nur, ohne ihn dadurch klar zu machen.

[10]) Das österreichische bürgerliche Recht „anerkennt" gar keinen Privatrechtstitel; es kennt nur gewisse Rechtsinstitute, durch deren Normirung in diesem oder jenem Gesetzbuch aber durchaus nicht ausgeschlossen ist, dass es analoge Rechtsinstitute auch auf andern Rechtsgebieten geben kann. Es wäre eben so verfehlt, zu meinen, dass es im Verwaltungsrecht nicht auch Verjährung, Ersitzung, Vertrag, Anerkennung, Herkommen u. a. m. gebe, als es gewiss auch irrig wäre anzunehmen, dass die diessbezüglichen Normen des bürgerlichen Rechts ohne Weiteres per analogiam im Verwaltungsrecht anwendbar seien und hier einen Privatrechtstitel erzeugen. Mit der im Text vertretenen Ansicht übereinstimmend: V. G. H. 1279.

[11]) Dieselbe Antithese S. 371.

sein oder man muss die Kriterien jener Kategorie von Verwaltungssachen anzugeben im Stande sein, wo es der Fall sein soll. Wiewol sich darüber in der Literatur keine Aufschlüsse finden, so lässt sich doch deutlich erkennen, dass jene Ansicht mit dem Irrtum im Zusammenhang steht, dass nur in jenen Verwaltungssachen Recht gesprochen werde, bei welchen sich „mehrere Beteiligte gegenüberstehen."

Fast alle Verwaltungsgesetze, welche vom Privatrechtstitel sprechen, beziehen sich auf Angelegenheiten, welche mit der ehemaligen „Administrativjustiz" zusammenfallen.

Allein, dass das Gegenüberstehen mehrerer Parteien ein juristisch ganz irrelevantes Moment ist, dass nicht in allen Sachen, wo diess zutrifft, Recht gesprochen und nicht überall, wo Recht gesprochen wird, sich mehrere Beteiligte gegenüberstehen, lässt sich wol nicht bezweifeln. Wir beziehen uns hier auf die oben im § 6 enthaltenen Ausführungen.

Um eines Beispiels zu erwähnen: wenn sich zwei Gemeinden über die Heimatszuständigkeit eines Individuums streiten und von der politischen Behörde darüber entschieden wird, so stehen sich sicherlich mehrere Beteiligte mit widerstreitenden Rechtsansprüchen gegenüber; dass aber durch die Entscheidung über das Heimatsrecht ein Privatrechtstitel und daher aus dem Heimatsrecht ein Privatrecht entstehe, wird wol nicht im Ernste behauptet werden können. — Es fehlt uns vielmehr jenes Kriterium, so dass wir zu der Anname gezwungen sind, rechtskräftige Entscheidungen bilden entweder immer oder nie einen Privatrechtstitel. Da Ersteres zu unmöglichen Consequenzen führt, so müssen wir uns für letztere Ansicht entscheiden. Für's österreichische Recht um so mehr, als hier in keinem Gesetze, wie in jenem sächsischen vom Jahre 1835, die Rechtsinstitute, welche einen Privatrechtstitel bilden, aufgezählt worden sind.

Wollte man aber in dem Erkenntnis nicht einen Privatrechtstitel, sondern überhaupt nur einen „besonderen Titel" verstehen, der die Competenz nicht beeinflusst, so wäre es schwierig, sich unter dem „besonderen Titel" etwas Anderes als einen rechtserzeugenden Tatbestand im Allgemeinen vorzustellen. Der durch das Erkenntnis entstehende „besondere Titel" ist dann identisch mit materieller Rechtskraft; es ist mit dieser Nomenklatur nichts gewonnen, weil eben die Frage, wann das Erkenntnis einen besonderen Rechtstitel abzugeben hat, gerade so oft zweifelhaft sein wird, als es fraglich werden kann, ob materielle Rechtskraft vorliege oder nicht.[12])

[12]) Beispiel V. G. H. 2385.

Eine einfache analoge Anwendung der privatrechtlichen Normen über die res judicata, wie sie in der französischen Literatur, dann von J. Kohler (in der badischen Ztschr., 1873, S. 45) vorgeschlagen wird, ist aus dem gleichen Grunde undurchführbar, denn zweifelhaft bleibt uns dabei, an welche Akte sich die materielle Rechtskraft knüpfen soll, welche Objekte und welche Subjekte sie umfassen soll.

Was speziell das österreichische Recht betrifft, so liesse sich die Anwendbarkeit des § 12 des allg. bgl. Gesetzbuches in Erwägung ziehen. Dort heisst es, dass „in einzelnen Fällen ergangene Verfügungen und die von Richterstühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile nie die Kraft eines Gesetzes haben". Wiewol also auch hier die richterlichen Urteile in einen Gegensatz zu anderweitigen behördlichen Emanationen gebracht werden, so hat diese Norm doch auf unsere Frage keinen Bezug. Denn „die Redaktoren haben, abge-„sehen von den Verfügungen des Landesherrn, nur an richterliche „Verfügungen gedacht, welche nicht den Charakter eines Urteils tragen. „Indessen bleibt der Satz des § 12 wahr, auch wenn er nicht auf „richterliche Verfügungen beschränkt wird; auch andere Verfügungen „zälen gewiss nicht zu den Gesetzen." [13])

Darin aber liegt die ganze Bedeutung des § 12; aus seiner Stellung unter der Rubrik: „Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt" folgt, dass nur normirt werden sollte, welche obrigkeitliche Akte nicht Gesetze seien, und damit ist allerdings für die vorliegende Frage nichts geholfen.

Die übrige österreichische Gesetzgebung enthält keine einschlägigen Bestimmungen.

Wenn die Verordnung vom 30. August 1868, No. 124, hier erwähnt wird, so geschieht es nur, um zu bemerken, dass die herrschende Praxis (selbst die des Verwaltungsgerichtshofes) daraus den mir ganz unbegreiflichen Schluss zu ziehen pflegt, es sei in derselben die materielle Rechtskraft im Verwaltungsrecht prinzipiell anerkannt. Diese Verordnung bestimmt aber blos den Vorgang der politischen Behörden erster Instanz bei Vorlage von Rekursen, enthält also weder über die diessfälligen Pflichten der höheren Behörden, noch über die Wirkungen der materiellen Rechtskraft ausserhalb eines Rekurses, noch über den Fall, dass Drittbeteiligte nicht vorhanden sind, noch über den Vorgang der autonomen Behörden [14]) eine Direktive. Dass endlich die

---

[13]) Pfaff-Hofmann, Commentar I, S. 279.

[14]) Da das Ministerium des Innern blos die politischen Behörden, welche ihm unterstehen, mit jener Verordnung binden konnte, so verstehe ich

Bestimmung der Vdg. des Min. f. C. u. U. vom 14. Mai 1877, Zl. 8040 (Mayerhofer I, S. 730): „Rechtskräftig entschiedene Sachen sind bei „wiederholtem Anbringen auf die rechtskräftige Entscheidung zu „weisen“ nur die Unanfechtbarkeit, nicht aber die materiell-rechtlichen Wirkungen der res judicata normirt, bedarf keiner Auseinandersetzung.

Überdiess wäre die Regelung der materiellen Rechtskraft im Verordnungswege nicht einmal zulässig. Zwar findet sich merkwürdigerweise im Staatsgrundgesetze vom 21. Dezbr. 1867 No. 141 nur die Bestimmung, dass die Strafjustiz- und Polizeistraf- sowie die Civilrechtsgesetzgebung dem Reichsrate obliege, während darüber, zu wessen Competenz die Normirung des Verfarens der Verwaltungsbehörden ressortire, ebensowenig wie über die materiell-rechtlichen Wirkungen gewisser allgemeiner, Privat- und Verwaltungsrecht gleichmässig durchziehender Rechtsinstitute, zu denen auch die materielle Rechtskraft zält, irgend Etwas gesagt ist. Nun könnte man hieraus schliessen entweder, dass diese Rechtsinstitute im Verordnungswege oder dass sie im Wege der Landesgesetzgebung zu regeln seien. Für Letzteres spräche der Wortlaut des § 12 desselben Staatsgrundgesetzes, nach welchem alle in diesem Gesetze dem Reichsrate nicht ausdrücklich vorbehaltenen Gegenstände der Gesetzgebung der Competenz der Landtage anheimfallen. Allein in al a—o des § 11 c. l. ist nur eine Exemplifikation des allgemeinen Grundsatzes gegeben, dass „der Wirkungskreis des Reichsrates alle Angelegenheiten umfasse, welche sich auf Rechte, Pflichten und Interessen beziehen, die allen im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern gemeinschaftlich seien“.

Dass diess für das Administrativverfaren und die gedachten allgemeinen verwaltungsrechtlichen Institute ebenso zutreffe, wie für die Codifikation des bürgerlichen Rechts und des Civil- und Strafprozesses, bedarf keines Beweises. Eine ratio legis für die entgegengesetzte Anname liesse sich wol nicht ausfindig machen.

Was aber die Frage der Competenz der Verordnungsgewalt betrifft, so ist es nicht zu übersehen, dass das gedachte Staatsgrundgesetz nicht die Grenzen zwischen der Verordnungsgewalt und der Gesetzgebung feststellen will, sondern jene zwischen Landes- und Reichsgesetzgebung. Deshalb heisst es in § 12 „alle übrigen Gegenstände der Gesetzgebung . . . gehören in den Wir-

---

nicht, wieso V. G. H. 2064 ohne Weiteres dieselbe als für die autonomen Schulbehörden massgebend ansehen mochte.

kungskreis der Landtage"; es wird also hier vorausgesetzt, dass § 11 nur Gegenstände der Gesetzgebung umfasst. Wenn nun auch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz darüber, was im Wege der Gesetzgebung (sei es der Reichs- oder Landesgesetzgebung) zu normiren ist, fehlt, so ergibt sich doch aus Art. 11 des St. G. G. vom 21. Dez. 1867 (No. 145) über die Regierungsgewalt, dass die Staatsbehörden nur auf Grund von Gesetzen allgemeine Verordnungen erlassen können, und da ein diese Ermächtigung hinsichtlich der gedachten Angelegenheiten enthaltendes Gesetz fehlt, so bleibt zur Regelung dieser Materie nur der Weg der Gesetzgebung und zwar, wie schon erwähnt, jener der Reichsgesetzgebung übrig [15]). So lange derselbe nicht eingeschlagen wird, ist lediglich die Bildung gewohnheitsrechtlicher Sätze möglich.

---

[15]) Es ist allerdings nicht zu läugnen, dass die einschlägigen Gesetzesstellen auch anderen Auffassungen Raum geben.

Von Lemayer (Gutachten über die Reform etc., 1884, S. 33) wird die Ansicht vertreten, dass hier die ministerielle Verordnungsgewalt competent sei. Er beruft sich dabei auf die oben S. 74 citirte Vdg. des M. f. C. u. U. vom 14. Mai 1876; allein diese Verordnung hat doch nur den Charakter einer den internen Dienst regelnden Instruktion, welche den Parteien keine Rechte gewährt, daher auch in das R. G. Bl. nicht aufgenommen ist.

Es wäre übrigens auch in Erwägung zu ziehen, ob hier nicht Platz für eine kaiserliche Verordnung wäre, da es wol zweifellos ist, dass das Verordnungsrecht der Krone durch den cit. Art. 11 nicht normirt ist (Pfaff-Hofmann, Comm. I, S. 131, No. 23; Burckhard, System I, S. 88). Allein diess Verordnungsrecht der Krone kann sich, soll es allgemein giltiges Recht setzen, nur auf die ihr in eben diesem Staatsgrundgesetz zugewiesenen Prärogative erstrecken; in allen übrigen Fällen hat die Krone durch den Minister zu verordnen (Art. 2 ibid.); der Minister ist aber hier incompetent.

Die im Text vertretene Ansicht weicht von der herrschenden Meinung ab, welche die in Art. 11 enthaltene Aufzählung als eine taxative ansieht. Mag eine solche auch von den legislativen Faktoren beabsichtigt gewesen sein (Burckhard a. a. O. S. 77), massgebend ist gleichwol nur das Gesetz wie es vorliegt. Dass das Wort „ausdrücklich" in Art. 12 keine andere Auslegung, als die eben erwähnte, zulässt, ist zu bestreiten. „Ausdrücklich" eximirt sind eben alle in Art. 11 genannten Angelegenheiten, also alle jene, welche im Gesetzgebungswege zu regeln und allen im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern gemeinsam sind. Die im Text besprochenen Agenden haben aber der Gesetzgebung zuzufallen, weil die Verordnungsgewalt dazu nicht competent ist. Ein dritter Weg ist für die Aufstellung abstrakter Normen nicht denkbar. Die entgegengesetzte Ansicht führt auch zu der Unzukömmlichkeit, dass es kein Mittel gäbe, jene Rechtsinstitute in einer, auch die autonome Verwaltung allgemein bindenden Weise festzusetzen, weil sich über diese die Verordnungsgewalt (sei es die der Krone oder die des Ministers) nicht erstreckt. — Die gleiche Competenzfrage wird

Schliesslich sei noch ein Blick auf die deutschen Reformgesetze gestattet. Die einschlägigen Bestimmungen derselben sind folgende:

§ 49 des preuss. Gesetzes vom 3. Juli 1875 (identisch mit § 79 des Gesetzes vom 30. Juli 1883) sagt: „Die Entscheidungen der Ver„waltungsgerichte dürfen nur die zum Streitverfaren vorgeladenen „Parteien und die in demselben erhobenen Ansprüche betreffen."

Die badische Vollzugsvorschrift zum Gesetz vom 5. Okt. 1863 (§ 48) bestimmt: „Die Verwaltungsgerichte dürfen bei ihren Erkennt„nissen nicht über den zur Entscheidung gebrachten Gegenstand und „nicht über den Kreis der in den Verhandlungen vertretenen Par„teien hinausgehen. Im Übrigen sind sie an die Anträge der Parteien „nicht gebunden."

Ähnlich Art. 17 des württembergischen Gesetzes vom 16. Dezbr. 1876: „Die Verwaltungsgerichte dürfen bei der Entscheidung über „bestimmte Gesuche (?) der Parteien nicht hinausgehen."

Diese Gesetzesstellen treffen jedoch das punctum saliens nicht; sie geben den Verwaltungsgerichten Direktiven über den Umfang der Rechtsverhältnisse, auf welche sie *ihre Entscheidung erstrecken sollen*, nicht aber eine Norm über die Art und den Umfang der Wirkung, welche diese Entscheidungen *besitzen*; sie regeln, wie viel entschieden werden darf, nicht, was entschieden worden ist.

Das bayrische Gesetz vom 8. August 1878 (Art. 32 u. 52) und das österr. Gesetz vom 22. Oktober 1875 (Art. 21 u. 49) enthalten blos Bestimmungen über die formelle Rechtskraft, indem sie die Abweisung von Beschwerden gegen bereits rechtskräftige Entscheidungen verordnen.

*Sarwey*, G. *Meyer* und E. *Löning* behaupten, dass die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für die materielle Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile anwendbar seien, ein Satz, der jedoch nur im württembergischen Gesetz einen bestimmten Anhaltspunkt findet, indem dort in Art. 72, soweit nicht spezielle anderweitige Bestimmungen entgegenstehen, auf das Verfaren vor den Verwaltungs*gerichten* die Vorschriften der jeweiligen Civilprozessordnung analoge Anwendung finden sollen.

Eine Bestimmung dieser Art fehlt in allen übrigen Gesetzen. Man kann daher sagen, dass die materielle Rechtskraft in den Re-

---

auftauchen, wenn es sich um die abstrakte Normirung der Wiederaufname (vgl. unten § 17, Note 9), des Einflusses der Nichtigkeitsgründe oder des Irrtums auf die Rechtskraft der Entscheidung handelt. Auch hinsichtlich der Verjährung wird in einigen Gebieten des Verwaltungsrechtes dieselbe Frage aktuell werden.

formgesetzen nicht geregelt ist. Das österreichische Gesetz enthält zwar eine Marginalrubrik: „Rechtskraft der Erkenntnisse“, normirt aber in dem betreffenden Paragraphen blos die Unzulässigkeit einer Wiederaufname gegen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes.

Wir sind daher wesentlich auf das Gewohnheitsrecht, wie es sich durch die Praxis der Behörden ausgebildet hat, angewiesen. Von massgebendstem Einflusse auf dasselbe wurde der österreichische Verwaltungsgerichtshof, dessen Judikate daher eingehend benutzt und besprochen werden mussten.

---

## Der Begriff der materiellen Rechtskraft und ihre Notwendigkeit im Verwaltungsrecht. Der Begriff der „Parteisache".

### § 10.

Was bisher eine gesetzliche Regelung fand, war nur die Zwangsvollstreckung behördlicher Administrativakte. Diese ist historisch überall die erste Form gewesen, in welcher sich die rechtlichen Wirkungen staatlicher Jurisdiktion geäussert haben. Man kann denselben Entwickelungsgang, in dem wir uns heute auf verwaltungsrechtlichem Gebiete befinden, im Privatrecht, speziell im römischen, ziemlich genau verfolgen. Auch im römischen Recht gab es ursprünglich nur die Vollstreckbarkeit richterlicher Befele. Eine primitivere Civilisation ist in der Lage, sich damit zu begnügen; sie gleicht die Unebenheiten, die daraus entstehen, für den Anfang mit der uns heute ganz unerträglich dünkenden Freiheit der obrigkeitlichen Machtvollkommenheit aus. Diese Notbehelfe bekommen in Rom mit der Zeit ein ganz bestimmtes juristisches Gepräge in der Form von praescriptiones, restitutio in integrum, replicatio doli u. s. w. Daneben entwickelt sich aus den Förmlichkeiten der legis actiones und dem in der litis contestatio zweifellos erkennbaren Quasicontrakt das Prinzip der Klagenconsumtion („bis de eadem re ne sit actio") und damit der erste Ansatz zu materiell-rechtlichen Judikatswirkungen. Erst der strenge Formalismus und die allgemach unerträglich werdende Schwerfälligkeit des alten Prozesses verhilft der Lehre von der res judicata zu ihrer letzten formellen Vollendung, die seit den Zeiten der classischen Jurisprudenz bis heute massgebend blieb.

Paulus führt als legislativen Grund der Lehre von der res judicata die staatliche Pflicht der Friedensbewahrung an (L. 6. D. 44. 2). Für das Privatrecht ist dieser Gesichtspunkt allerdings genügend und vielleicht bis zum gegenwärtigen Augenblicke der vorherrschende ge-

blieben. An den Kampf um Mein und Dein schliesst sich ja die richterliche Tätigkeit unmittelbar an und zwar teils aus Gründen der Opportunität (daher Paktiren der Parteien auf Unterlassung der Selbsthilfe, schiedsrichterlicher Charakter des Richterspruches), teils aus Gründen der Autorität (daher die religiöse Weihe des Schiedsspruches; Priester, später Könige als Richter). Hätte der Richterspruch das Ende des Streites nicht im Gefolge, so wäre er zwecklos.

Allein dieser Gesichtspunkt der Friedensbewahrung ist doch nicht der allein massgebende. Ein neuer Streit über die alte Frage ist oft gar nicht zu vermeiden, zumal wenn die Bedeutung der vorhergegangenen Entscheidung zweifelhaft ist. Überdiess kann man Niemand verwehren, auch einen fruchtlosen Streit durchzufechten; Sache des Prozesses ist es, erst den ungerechtfertigten Klageanspruch als solchen festzustellen und dann die Klage abzuweisen. Der Streit ist es daher nicht allein, dessen Erneuerung die Rechtsordnung perhorreszirt, sondern es ist vor Allem die Möglichkeit divergirender Entscheidungen, welche als Calamität empfunden wird. Schon Paulus deutet diess an, indem er der soeben erwähnten L. 6. D. 44. 2 die Worte anhängt: „maxime si diversa pronuntiarentur.“ Vom Standpunkte der Parteien aus betrachtet, verfolgt daher die Erhebung der Entscheidung zur Quelle formellen Rechtes den Zweck, möglichste Sicherheit des einmal als gesetzmässig anerkannten Rechtszustandes herbeizuführen. Vom Standpunkte des Staates aus betrachtet, spiegelt sich dagegen in dem Prinzip der res judicata der alle und jede Staatstätigkeit durchziehende Grundsatz der Ökonomie ab, vermöge dessen jedes Staatsorgan innerhalb seines Competenzkreises so verwendet werden soll, dass eine öftere Inanspruchname seiner Kräfte zu demselben Zwecke vermieden wird.

Diese beiden Gesichtspunkte: Erzielung höchster Rechtssicherheit und sparsame Ausnützung der Staatstätigkeit geben der Lehre von der res judicata im heutigen Rechte ihr charakteristisches Gepräge und sie sind es auch, welche die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ suppliren werden, auf die nach der Anweisung unseres bürgerlichen Gesetzbuches in zweifelhaften Rechtsfällen zurückgegriffen werden muss. Die Notwendigkeit der Friedensbewahrung ist der leitende Gesichtspunkt einer früheren Culturepoche, die im Recht nur das Ende und die Grenze des Kampfes der Einzelnen sieht und dem Staate hauptsächlich die Aufgabe zuschreibt, für die Aufrechthaltung eines kampflosen Zustandes Sorge zu tragen. Schon mit dem Aufhören der Selbsthilfe und dem Eintritt des Prozesses an Stelle des Kampfes wird derselbe unzureichend; denn die Prozesse

stören die öffentliche Ordnung und den Frieden nicht mehr. Er wird es immer mehr, je häufiger in der modernen Rechtsentwickelung der Begriff des Processes sich von dem des Streites loslöst, je gewöhnlicher der Gedanke der Fiktion eines Streites wird, um Aussprüche gerichtlicher Instanzen über gewisse Angelegenheiten zu provoziren, je mehr wir uns schliesslich mit der Idee vertraut machen mussten, dass auch der gewöhnliche Civilprozess unter Umständen ein unabwendbarer, durch Rechtsverletzung nicht mehr bedingter Feststellungsprozess werden kann. Mit diesem Schritt nach vorwärts sehen wir uns aber sofort auch in die Lage versetzt, die materielle Rechtskraft nicht mehr auf das Gebiet des Privatrechts beschränken zu können. Denn die Rechtsprechung im öffentlichen Recht (und dass es eine solche gibt und geben muss, glaube ich nachgewiesen zu haben) muss wie jede Rechtsprechung Erzielung möglichster Rechtssicherheit und ökonomisches Gebahren mit den Kräften der rechtsprechenden Organe zum Zwecke haben. Beides ist im Verwaltungsrecht nicht minder Zielpunkt der legislativen Politik als im Straf- und Privatrecht. Insbesondere ist das Bedürfnis nach Rechtssicherheit mit unserem heutigen Cultur- und Rechtsleben so innig verflochten, dass es alle Gebiete desselben gleichmässig umspannt. Sicherheit verlangen wir heute nicht nur für Leben und Freiheit, Mein und Dein, sondern nicht minder auf dem ganzen Gebiete des öffentlichen Lebens überhaupt. Zudem sind auch wichtige Partien des Vermögensrechtes, die vordem unter privatrechtlichem Gesichtspunkte betrachtet wurden, heute publici juris, ohne dass die Gesetzgebung hinsichtlich der Rechtswirkungen der auf diesem Gebiete erfliessenden Judikate der Verwaltungsbehörden die erforderlichen Consequenzen dieses Stoffwechsels gezogen hätte. Aber selbst dort, wo finanzielle Wirkungen sich an die administrative Aktion nicht knüpfen, ist das Bedürfnis nach Rechtssicherheit ein nicht minder intensives, ja es liegt in dem Masse desselben geradezu ein Kriterium der politischen Gesittung eines Volkes. Denn es ist kein Zweifel, dass die politische Rechtssphäre, welche die Periode der Verfassungen den einzelnen Bürgern gewährte, nur dann geschätzt wird, wenn die Bevölkerung gegen Schwankungen der Judikatur über identische Rechtsverhältnisse empfindlich reagirt. Je mehr die constitutionelle Parteiregierung versucht ist, die Möglichkeit solcher Schwankungen zu politischen Parteizwecken auszubeuten, desto mehr ist es gerade Ziel und Aufgabe der Rechtsprechung, in dieser Sphäre fixe und unantastbare Rechtskreise zu construiren. Würde es die Bevölkerung gleichgiltig lassen, wenn zu verschiedenen Zeiten identische Rechtsverhältnisse differirend festgestellt werden, so läge darin der Beweis einer politischen Unreife, über welche mindestens die drei grossen Culturnationen

Europas längst hinaus sind. Man erblickt vielmehr darin mit Recht eine Calamität, welche das öffentliche Rechtsbewusstsein und — was das schlimmste ist — die juristische Moral der Regierungen depraviren müsste.

Auf allen Gebieten des Verwaltungsrechtes ist daher das Bedürfnis nach Rechtssicherheit ein gleich starkes und gerade ihm ist es zuzuschreiben, dass sich die Rechtsprechung von der Verwaltung im engeren Sinne allmälig loslöste. Denn Recht gesprochen wird nur darum, weil und wenn sich jenes Bedürfnis einstellt. In der Tat sind Rechtsprechung und materielle Rechtskraft Begriffe, die unzertrennlich mit einander verknüpft sind. Letztere stellt den Zweck dar, um dessentwillen die Rechtsordnung aus den verschiedenen Arten behördlicher Tätigkeit die Rechtsprechung als besondere obrigkeitliche Funktion heraushebt und nach spezifischen Formen handhaben lässt.

Gleichwie ein Gesetz oder eine Verordnung erlassen wird, damit die darin enthaltenen Normen befolgt werden, gleichwie eine Verfügung ergeht, damit ein gewisser faktischer Zustand erzielt werde, gleichwie eine Beurkundung ausgestellt wird, damit man allseits derselben Glauben schenke, so wird Recht gesprochen, damit das als bestehend anerkannte Rechtsverhältnis fortan unanfechtbar bleibe.[1])

Fordert man materielle Rechtskraft für jeden Akt der Rechtsprechung, so ist diess nichts Anderes als das hier zur Anwendung gebrachte Gesetz der Causalität, vermöge dessen jeder Rechtsnorm ein bestimmtes Motiv entspricht, dem sie ihre Entstehung verdankt.

Es geht daher durchaus nicht an oder ist mindestens für das heutige Rechtsleben unzureichend, wenn man das Dispositionsrecht der Parteien hinsichtlich ihrer Rechtsverhältnisse zur Erklärung der materiellen Rechtskraft heranziehen wollte. Dieses Dispositionsrecht erklärt uns lediglich die Beschränkung der res judicata auf die Parteien

---

[1]) Bülow nennt in seinem gedankentiefen Aufsatz: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten im Arch. f. civ. Pr. 62. Bd., S. 92, die materielle Rechtskraft „jenes centrale Rechtsinstitut, dem für die Rechtsordnung eine ähnliche Bedeutung zukommt, wie der absoluten Verbindlichkeit der Gesetze". Dieser Vergleich ist sicherlich zutreffend, bedarf aber meines Erachtens einer Ergänzung in der im Texte gedachten Richtung. Wie alle obersten Grundsätze einer Wissenschaft mit den Denkgesetzen zusammenfallen, so ist auch in der Jurisprudenz das eigentlich „centrale" Rechtsinstitut der Satz vom zureichenden Grunde, dessen einzelne Ausläufer die Erzwingbarkeit der Rechtsnormen, die Vollstreckbarkeit der Verfügungen, die Beweiswirkung der Beurkundung und die materielle Rechtskraft der Entscheidung sind.

des Civilprozesses[2]), nicht aber deren bindende Wirkung an sich. Ebenso wenig finde ich es angezeigt, die Judikatswirkung mit der dem Richterspruch angeblich zukommenden „Wahrheit" zu rechtfertigen, ein Gedanke, der in der civilistischen Literatur in den verschiedensten Variationen wiederkehrt. Mag man mit Savigny von einer „Fiktion der Wahrheit" sprechen oder annemen, dass das Urteil „wahrscheinlich richtig" sei, wie Unger, oder dass es „zwar nicht Wahrheit aber doch ein Bild von der Sache" gebe, wie Degenkolb, oder dass es ein „Surrogat der Wahrheit" biete, wie Endemann, oder dass es eine „Vermutung" dafür abgebe, „formelle Wahrheit" schaffe, wie die meisten Übrigen sich ausdrücken, stets liegt diesen mehr oder minder geistreichen Ausdrücken der Gesichtspunkt zu Grunde, dass gewissermassen ein ausserhalb der Rechtsordnung Stehender den Schluss des Richtenden nach seiner Richtigkeit prüfen, mit der Wahrheit vergleichen könne. Ich halte diesen Gedanken darum für unrichtig, weil die Rechtsordnung (und nur sie) in der Lage ist, jede solche Vergleichung als ihr gegenüber wirkungslos auszuschliessen oder doch als einen rechtlich indifferenten Monolog anzusehen, den man zwar dem Einzelnen ebenso wenig verwehren kann, wie ein Nachdenken darüber, ob ein Gesetz klug oder verkehrt ist, der aber ohne alle äusseren Rechtswirkungen bleibt. Ob der so geschützte Schluss des Richtenden wahr oder falsch ist, ist insolange irrelevant, als die Rechtsordnung nicht selbst an gewisse Merkmale die Vernichtigungsmöglichkeit knüpft. Wiederaufname und Nichtigerklärung können zwar dann post festum klar zum Bewusstsein bringen, dass das Urteil nicht „wahr" gewesen ist, aber nur auf Grund eines neuen Spruches, welcher den alten

---

[2]) Bülow a. a. O. S. 75 ff., insbes. S. 93: „Darin, dass im Civilprozess das conkrete Recht erst durch die Bemühungen der Parteien herausgearbeitet wird, liegt der Grund, weshalb die Rechtskraft des Urteils auf die Parteien und auf den von ihnen zum Rechtspruch verstellten Anspruch beschränkt bleiben muss." Aber eben darum reicht auch Bülow's Verwirkungsprinzip nicht aus, um die innere Begründung der materiellen Rechtskraft zu geben. Denn es gibt schon im Privatrecht Fälle, wo die res judicata sich nicht auf die Parteien beschränkt (das „jus facere ei rei" des römischen Rechts), und im Verwaltungsrecht ist gerade das Letztere die Regel (vgl. unten § 14). Offenbar lässt sich ein beide Rechtsgebiete durchziehendes Rechtsinstitut nicht mit einem dem Civilprozess ganz speziell eigentümlichen Moment (vgl. a. a. O. S. 81) erklären.

Die treffenden Bemerkungen Bülow's (a. a. O. S. 79) über den Ausdruck: „Dispositionsrecht", hindern uns nicht, denselben zu gebrauchen; wir haben eben für den Begriff: „Setzen nicht gewollter Rechtswirkungen durch Unterlassungen" keinen andern Ausdruck, als den der „Disposition", des „Handelns" (sc. durch Unterlassen).

behebt, ist diese Erkenntnis rechtlich möglich und wirksam. Ich weiss dann zwar, dass ein Urteil die Wahrheit nicht enthielt, aber ich weiss nie, ob ein Urteil die Unwahrheit enthält. Verwunderlich ist es nahezu, die materielle Rechtskraft mit der angeblichen Wahrheit in Zusammenhang zu bringen, wo, wie im Privatrecht, der Richter geradezu angewiesen ist, die Dispositionen der Parteien über das prozessuale Material als bindend zu betrachten. Ob die Klageangaben wahr seien oder nicht, kümmert den Richter nicht, wenn sie nicht widersprochen wurden, und selbst die Rechtsausführungen der Klage binden ihn, wenn der Gegner submittirt. Auch wenn der Richter bewusst unwahre oder unrichtige Schlüsse zieht, bindet sein Urteil, sowie es unangefochten blieb und unanfechtbar war. In welchem Masse das Urteil der Wahrheit nahe kommt, ist daher für das Prinzip der bindenden Kraft desselben gleichgiltig; diess Mass wird allerdings ein geringeres oder ein höheres sein, je nachdem die Rechtsordnung dem Richtenden den Ausführungen der Parteien gegenüber die eigene Urteilsmöglichkeit mehr oder minder bindet. Diess wird sich wieder nach dem Grade richten, in welchem die Gesammtheit an einem Rechtsverhältnis sich interessirt erachtet und darum wird im öffentlichen Recht eine höhere Gewähr dafür vorhanden sein, dass die Sentenz der Wahrheit nahe kommt, als im Privatrecht. Materielle Rechtskraft aber besitzt dieselbe auf beiden Rechtsgebieten gleichmässig. Also nicht darum, weil man voraussetzen darf, dass das Judikat wahr sei oder wahr sein dürfte, sondern darum, weil im Auftrage der Rechtsordnung Recht gesprochen wird, müssen alle Normunterworfenen den in der Sentenz liegenden Schluss als bindend anerkennen, gleichviel ob er wahr ist oder nicht. Denn der generelle Auftrag, Recht zu sprechen erfolgt lediglich zu diesem Zwecke; die Rechtsordnung muss daher diejenigen Rechtswirkungen an das Judikat knüpfen, um derentwillen sie jenen Auftrag erliess.

Die bindenden Wirkungen des Rechtspruches knüpfen sich also mit Notwendigkeit an den Begriff der Rechtsprechung; dieser aber hat seine Wurzel in der Staatsgewalt.

Daher kann man von materieller Rechtskraft nicht sprechen, wo der Staat[3]) selbst das gebundene Subjekt sein würde, also nicht bei völkerrechtlichen Schiedssprüchen internationaler Gerichtshöfe. Man kann aber dieselbe auch nicht den Urteilen ausländischer Spruchbehörden zuerkennen, wenn nicht die Gesetzgebung des Staates ausnamsweise auf Grundlage der Gegenseitigkeit ein Anderes festsetzt.[4])

---

[3]) Selbstverständlich wird hier der Staat nicht als Fiskus, nicht als Träger von Privatrechtsverhältnissen betrachtet.

[4]) Auch hier geht die Vollstreckbarkeit der materiellen Rechtskraft voran.

Dagegen ist es eine notwendige Consequenz des Begriffs der materiellen Rechtskraft, dass die Organe der Rechtsprechung, sowie alle Organe der öffentlichen Gewalt überhaupt, an die aus dem Judikate entspringenden Imperative gebunden seien.

Wir kommen hier auf den bestrittensten Punkt. Man ist nicht selten geneigt, zwar die Parteien durch die materielle Rechtskraft für gebunden zu halten, aber den öffentlichen Interessen gegenüber dieselbe grundsätzlich auszuschliessen.

Es ist diess unzweifelhaft eine sehr heikliche Frage. Darf und muss bei Verfolgung öffentlicher Interessen vor dem verwaltungsbehördlichen Judikate Halt gemacht werden oder nicht? Bejaht man diese Frage, so können öffentliche Interessen unter Umständen empfindliche Einbusse erleiden; wenn es nun Pflicht der Verwaltung ist, die öffentlichen Interessen zu wahren, wie lässt sich damit die bindende Judikatswirkung vereinigen?

Andererseits lässt sich nicht bezweifeln, dass bei der entgegengesetzten Alternative die materielle Rechtskraft überhaupt illusorisch wird. Denn schliesst man die letztere aus, wenn sie öffentlichen Interessen zum Nachteil gerät, so heisst diess nichts Anderes, als es in's Ermessen der Verwaltung stellen, ob das Judikat bindende Wirkung besitzt oder nicht. Ob öffentliche Interessen an der veränderten Feststellung eines Rechtsverhältnisses beteiligt sind, das ist eben eine Frage, die mit Ausschluss jeder Rechtscontrole immer und ausschliesslich nur im technischen Ermessen der Behörde liegt, denn diese ist der alleinige Sachverständige für die Richtung der öffentlichen Interessen. Diese

---

Derzeit ist die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile im Begriffe, aus einem internationalen zu einem nationalen Rechtsinstitute zu werden. Diess ist der Fall, wenn sie im Prinzip bei verbürgter Gegenseitigkeit im Gesetze anerkannt ist (vgl. § 661 ff. d. R. C. P. O.). Dagegen beginnt die Frage der materiellen Rechtskraft ausländischer Urteile erst allmälig in der Literatur besprochen zu werden. Vgl. Francke in der Ztschr. f. Civ. Pr. VIII, S. 1 ff; Simon in den Jur. Bl., 1885, S. 42, und die sehr weitgehende E. d. deutschen R. G. v. 29. Jänner 1883. Dass materielle Rechtskraft eine unausweichliche Consequenz der Vollstreckbarkeit sei, wie in letzterer E. behauptet wird, lässt sich durchaus nicht rechtfertigen. Die Gründe dagegen werden sich aus der Darstellung in § 11 von selbst ergeben.

Wie sich diese Frage im öffentlichen Rechte beantworten liesse, darüber hat wol noch Niemand nachgedacht. Am häufigsten wird sie aktuell, wenn die Staatsbürgerschaft von den Spruchbehörden zweier Staaten divergirend festgestellt wird. V. G. H. 2322 nimmt ohne Weiteres die Sentenz des ausländischen Ministers als bindend an. Am einfachsten ist es gewiss, den Knoten so zu durchhauen; ob dieser Weg aber der richtige ist, dürfte wol mehr als zweifelhaft sein.

letzteren führen keine selbstständige Existenz ausserhalb der Instanz, die sie wahrzunemen hat; was die Behörde als im öffentlichen Interesse gelegen erachtet, das ist eben öffentliches Interesse; es ändert sich letzteres wirklich, wenn die Behörde ihre Ansicht darüber ändert.

Nun erwäge man, dass es der Verwaltung bei Geltung dieser Ansicht frei stehen müsste, die Interessen einer oder mehrerer Parteien mit den öffentlichen Interessen zu identifiziren; es wäre eine Rechtscontrole darüber undenkbar. Die aus der Entscheidung entspringenden Parteirechte wären damit geradezu in das Ermessen der Verwaltung gelegt, das heisst, sie wären überhaupt keine Rechte mehr. Statt dass durch Rechtsprechung möglichste Rechtssicherheit erzielt wird, entstünde dadurch eine unerträgliche Rechtsunsicherheit. Denn ist eine zweite Untersuchung und veränderte Feststellung desselben Rechtsverhältnisses zulässig, so muss consequent auch eine dritte zur Prüfung der zweiten, eine vierte zur Prüfung der dritten möglich sein; wo gäbe es da eine Grenze?

Die Nachteile, welche die Gesammtheit durch gemeinschädliche Entscheidungen erleiden kann, sind gewiss erhebliche. Ihnen kann aber nur auf präventivem, nur in wenig Fällen auf repressivem Wege begegnet werden. Das heisst, es muss die Rechtsprechung im Verwaltungsrecht so organisirt werden, dass die Möglichkeit solcher Entscheidungen tunlichst verringert wird. Dabei bleibt eine gewisse Categorie von Nichtigkeitgründen exemt, welche unter allen Umständen zur Geltendmachung der öffentlichen Interessen berechtigen, wie es deren ja auch auf dem Gebiete des Privatrechtes welche gibt. Die nähere Ausführung dieses Punktes wird in § 16 gegeben werden.

Es ist daher eine unausweichliche Consequenz des Begriffs der materiellen Rechtskraft, dass auch die öffentlichen Interessen durch sie präkludirt werden, mit anderen Worten, dass auch die Verwaltungsbehörden daran gebunden bleiben[5]), es läge denn ein Einverständnis aller Parteien inbegrifflich der Verwaltung vor (vgl. unten § 14, S. 183). Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass es jeder Partei freistehe, das Verwaltungsgericht anzugehen, dessen Entscheidungen die Verwaltungsbehörden binden. Denn diess Recht haben nur jene Parteien, die durch eine Entscheidung benachteiligt sind, nicht jene, zu deren Gunsten sie erfliesst. Auch ist diese bindende Wirkung nur den cassirenden Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom Ge-

---

[5]) Die entgegengesetzte Ansicht lässt sich nur durch eine mangelhafte Unterscheidung des Begriffs der Rechtsprechung von dem der Verwaltung im engeren Sinne erklären.

setze zugeschrieben. Für den Fall der Abweisung der Beschwerde fehlen gesetzliche Vorschriften. Abgesehen davon sind auch Verwaltungsbehörden rechtsprechende Instanzen, wie sie es denn schon waren, bevor ein Verwaltungsgerichtshof existirte (§ 49 des Ges. vom 22. Okt. 1875); ihre Judikate müssen daher materielle Rechtskraft haben, auch wenn eine Beschwerde nicht ergriffen wurde oder unzulässig war[6]). Endlich wird auch in gewissen Sachen, wo die Behörden nach technischem Ermessen vorgehen dürfen, Recht gesprochen, wobei der Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Schliesslich sei noch einer abweichenden Ansicht gedacht, die wir blos deshalb an dieser Stelle ausführlicher besprechen müssen, weil sich der österreichische Verwaltungsgerichtshof dieselbe zu eigen gemacht hat. Dieses Tribunal hat nämlich wiederholt den Satz ausgesprochen, dass es eine materielle Rechtskraft nur in „Parteisachen“ gebe. Bei der ausserordentlichen praktischen Wichtigkeit dieser Fragen ist es naheliegend, über den Begriff der Parteisachen im Sinne des Verwaltungsgerichtshofes Aufschluss zu erhalten. Leider suchen wir denselben in seinen Judikaten vergebens.

Eine Übersicht der einschlägigen Judikate dürfte erwünscht sein.

In Nr. 1735 und 1913 handelte es sich um die Frage, ob der Gehalt des Religionslehrers von den Katholiken der Schulgemeinde oder von jenen des Schulbezirks zu bezalen sei. Der V. G. H. findet, dass hier eine „reine Parteisache des öffentlichen Rechts“ [7]) vorliege, wo „vor Allem“ die Rechtskraft vorher ergangener Judikate zur Richtschnur zu nehmen sei. Wer den Religionslehrer zale, kümmere die öffentlichen Interessen Nichts, wenn er nur von Jemandem bezalt werde.[8])

---

[6]) Wer würde beispielsweise behaupten wollen, dass in Polizeistrafsachen die judizirende Behörde gegen den rechtskräftig Freigesprochenen noch einmal das Strafverfaren einleiten könne, wenn die öffentlichen Interessen späterhin dessen Schuldigsprechung erheischen sollten? Die im Texte bekämpfte Ansicht würde zu dieser Consequenz führen.

[7]) Genau genommen, eine contradictio in adjecto.

[8]) Dieser Standpunkt mag im Privatrecht am Platze sein; hier, wo die finanziellen Kräfte von grossen Kreisen von Personen tangirt sind, die zur Beschwerde gegen die Entscheidung nicht aktiv-legitimirt sind, ist es wol nicht ernst zu nehmen, wenn man ein öffentliches Interesse an der gleich- und rechtmässigen Verteilung der Lasten publici juris negirt. Es sei übrigens gleich bemerkt, dass obige Erkenntnisse merital wol richtig sein mögen; es hängt eben alles von der Beschaffenheit der Erlässe ab, um deren Wirkungen es sich handelt, ob dieselben als Akte der Rechtsprechung zu betrachten waren oder nicht. Darüber lassen uns die Motive im Unklaren.

In Nr. 2202 wird abermals die Frage aktuell, wer die Besoldung des Religionslehrers zu tragen habe. Allein hier wurde gar nicht gefragt, ob eine „Parteisache" vorliege, sondern es wurde die res judicata blos darum abgelehnt, weil die Entscheidung dem Beschwerdeführer nicht zugestellt, somit nicht formell rechtskräftig geworden war. Man vergleiche dagegen Nr. 1893. Die Entscheidung, heisst es dort, womit die Ausschulung einer Gemeinde aus dem bisherigen Schulverbande verweigert wurde, „bilde keine Parteisache im eigentlichen Sinne des „Wortes [9]) ..... in derlei Angelegenheiten handelt es sich ja nicht „um eine administrative Rechtsprechung zwischen streitenden Parteien, „sondern wesentlich um einen Verwaltungsakt, um die den jeweiligen „tatsächlichen Verhältnissen und gesetzlichen Bestimmungen [10]) gemässe „Regelung einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit."

In Nr. 1559 wird wieder ein, vom juristischen Standpunkt aus betrachtet, gewiss ganz ähnliches Rechtsverhältnis, nämlich die Exscindirung von pfarrlichen Einkünften als durch Entscheidung rechtskräftig festgestellt betrachtet und zwar derart intensiv, dass selbst die vom V. G. H. anerkannte Nullität dieser Entscheidung die einmal festgestellte Rechtsbasis nicht zu erschüttern geeignet war. In Nr. 422 wird analog die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Ausschulung als der Rechtskraft fähig bezeichnet. Desgleichen in Nr. 1357 die Entscheidung, womit die Pflicht der Gemeinde zur Beistellung von Fuhrwerken für gottesdienstliche Verrichtungen des Seelsorgers festgestellt wurde, und in Nr. 2066, wo abermals die Frage, wer die Kosten für den Religionsunterricht zu tragen habe, zur Sprache kam. In diesen beiden letzteren Fällen wurde nicht wegen Mangels einer Parteisache,

---

[9]) Ich gestehe, dass mein juristisches Unterscheidungsvermögen dieser Distinktion gegenüber ratlos ist. Könnte ich mir unter den „Parteisachen" überhaupt einen präzisen Begriff vorstellen, so brächte ich diess vielleicht auch hinsichtlich der „uneigentlichen" Parteisachen fertig.

[10]) Ganz nebenbei bemerkt, gibt es keine Entscheidung über dauernde Rechtsverhältnisse, bei der diess nicht zuträfe. Schliesst etwa die res judicata des gerichtlichen Urteils in privatrechtlichen Sachen die Berücksichtigung der causa superveniens oder eines rückwirkenden Gesetzes aus? Gewiss nicht. Der uneheliche Vater, der zu einer Alimentation von 5 Gulden monatlich rechtskräftig verurteilt wurde, kann ohne Weiteres später, wenn sich sein Vermögen vermehrt oder das des Kindes vermindert hat, zu einer höheren Alimentation verhalten werden. Dass rückwirkende Gesetze auch auf urteilsmässig festgestellte Rechtsverhältnisse Einfluss nehmen müssen, ist selbstverständlich und es liegt auch hierin kein Unterschied zwischen Privat- und Verwaltungsrecht vor. Vgl. übrigens über diese Punkte die Ausführungen im letzten Paragraph dieser Schrift.

sondern blos deshalb die res judicata abgelehnt, weil dem fraglichen Akte der Charakter einer Entscheidung nicht zukomme.

In Nr. 2358 hatten Bezirksausschuss und Gemeindevorstehung differirend über die Nutzungsrechte mehrerer Prätendenten am Gemeindewald entschieden.[11]) Die G. V. hatte nicht recurrirt. Der Landesausschuss sprach über Recurs beiden Prätendenten die Nutzungsrechte ab, dagegen der Gemeinde, die nicht recurrirt hatte, zu. Der V. G. H. billigt diesen Vorgang, weil die autonomen Organe „jedenfalls“ berechtigt sind, eventuell selbst von Amtswegen die gesetzlichen (?) Anordnungen rücksichtlich der Gemeindewirtschaft zu treffen, daher der L. A. „unzweifelhaft“ [12]) das Recht hatte, die angefochtene Entscheidung zu treffen.

In Nr. 1098 hatte ein Landesschulrat die rechtskräftige Entscheidung der ersten Instanz, mit welcher ein Grundentlastungs-Capital der Kirche zugesprochen wurde, von Amtswegen abgeändert und das Capital der Schule zugewiesen. Der V. G. H. billigt diesen Vorgang, „weil es „sich hier durchaus nicht um blosse Parteiansprüche gehandelt „hat ....“, daher ein Abgehen von der res judicata zulässig sei. Ganz identisch war die Rechtslage in Nr. 2064, nur entschied hier der V. G. H. zur Abwechselung in entgegengesetztem Sinne, weil „in ad- „ministrativen Rechtssachen (Parteisachen) gefällte Ent- „scheidungen nur über Berufung abgeändert werden können.“

In Nr. 13 und 111 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H. setzt sich derselbe ohne Weiteres über die materielle Rechtskraft einer früheren Entscheidung des Landesausschusses hinsichtlich des Rechts einer Gemeinde an den Nutzungen der Gemeindeweide hinaus, nahm also in solchen Angelegenheiten keine Parteisache an.

In Nr. 595, 1097 [13]) und 2082 geht der V. G. H. wieder von der umgekehrten Ansicht aus und cassirt Entscheidungen des Landesaus-

---

[11]) Eine ursprünglich grössere Wirtschaft war zerstückt worden. Es handelte sich darum, welche Rechte den Besitzern der Trennstücke am Gemeindewald zukomme.

[12]) Trotz dieser Warnungstafeln, welche jeden Widerspruch im Keime zu ersticken bestimmt sind, hege ich doch die Ansicht, dass diess Judikat des V. G. H. gründlich verfehlt ist, weil es verwaltungsrechtliche Judikatur und wirtschaftliche Massregeln confundirt. War die Massregel des L. A. wirklich nur wirtschaftlicher Natur, so musste consequent der V. G. H. die Beschwerde wegen Zulässigkeit des Rechtsweges abweisen. — Wo blieb aber hier die „Parteisache“?

[13]) „Wenn es auch“, heisst es in den Motiven dieses Erkenntnisses, „nicht unbedingt ausgeschlossen ist, dass eine Administrativbehörde in die „Lage versetzt werden könne, eine von ihr gefällte Entscheidung aufzu-

schusses hinsichtlich der Pflicht von Fraktionisten zur Erhaltung ihrer Wege, beziehungsweise hinsichtlich der Pflicht der Weg-Anrainer zur Instandhaltung eines Zaunes (2082) wegen Verstosses gegen die materielle Rechtskraft früherer Entscheidungen, weil hier „ein Streit zwischen Parteien obwalte" und in solchen Fällen von der res judicata nicht abgegangen werden könne.

Ebenso findet Nr. 2351[14]), dass die Entscheidung über das Recht, auf einer Alpenweide zu weiden, eine „reine Parteisache", daher wegen res judicata eine Cassation derselben durch die Aufsichtsbehörde unzulässig sei.[15])

---

„heben und neu zu entscheiden etc." — „Nicht unbedingt" . . . . difficile est, satiram non scribere. Worin liegt der Unterschied hinsichtlich der Frage, ob öffentliche Interessen tangirt seien, wenn es sich das einemal um die Feststellung von Wegebaulasten, das anderemal um die Feststellung des Schulvermögens handelt? Offenbar ist doch die Gesammtheit an der Wegeverwaltung ebenso wie an der Verwaltung der Schulen interessirt. Und doch hat der V. G. H. am 13. Mai 1881 in No. 1097 das Vorhandensein öffentlicher Interessen in jenem Falle negirt und einen „Streit zwischen Parteien" angenommen, am 14. Mai 1881 in No. 1098 ausgesprochen, dass es sich (hinsichtlich der Feststellung des Schulvermögens) „nicht um blosse Parteiansprüche" handle, aus öffentlichen Interessen somit eine Cassation einer bereits rechtskräftigen Entscheidung von Amtswegen erfolgen könne.

[14]) In einem Streit zwischen zwei Grundbesitzern über das sogenannte „Schwend- und Mahdrecht" an einem Grundstück, wurde von der politischen Behörde erster und zweiter Instanz, sohin auch von den Gerichten die Competenz abgelehnt. Als die Partei den Competenzconflikt vor dem Reichsgericht erhob, cassirte das Ministerium von Amtswegen die Competenzablehnung der Statthalterei und verordnete meritorische Erledigung. Der V. G. H. cassirte diese Cassation mit Recht, jedoch m. E. aus unrichtigen Motiven. Vgl. unten § 16, Note 3a.

[15]) In No. 2351 heisst es geradezu, es liege eine eine Parteisache vor, „und es sei gar nicht behauptet worden, dass an der meritorischen oder formellen Erledigung derselben ein öffentliches Interesse beteiligt sei."

Demgemäss wäre blos eine diessfällige Behauptung des Regierungsvertreters genügend gewesen, um das entgegengesetzte Resultat zu provoziren. Denn wollte man sich scheuen, den V. G. H. einer derartigen Erklärung willenlos gegenüberstehen zu lassen, so müsste man dem letzteren die Ermächtigung einräumen, zu prüfen, ob die öffentlichen Interessen die angegriffene Aktion erforderlich machten. Dass aber damit der V. G. H. seine Aufgabe, ausserhalb der Verwaltung zu stehen, gründlich missverstehen würde, bedarf keiner Erörterung. Bei der entgegengesetzten Alternative genügt die Erklärung des Regierungsvertreters, er finde es im öffentlichen Interesse gelegen, dass von der res judicata abgegangen werde, um dem V. G. H. die Anwendung des Prinzips der materiellen Rechtskraft unmöglich zu machen.

In Nr. 813 wird eine Entscheidung betreffs Ableitung eines Flusses cassirt, weil selbe von einem früheren Judikate abgegangen sei, „obschon es sich um eine ‚reine‘ Parteisache gehandelt habe.“

In Nr. 1410 wird eine Ministerialentscheidung, womit, entgegen einem früheren Judikate, ein Grundstück als zu einem Friedhof ungeeignet erklärt wurde, aufrecht erhalten, weil es „sofort“ klar sei, „dass „in Angelegenheiten, in denen es sich um allgemeine, nicht (?) um „Einzelinteressen handelt, die formelle (?) Rechtskraft nicht in derselben „Weise angerufen werden kann, wie in ‚reinen‘ Parteisachen.“

Nr. 643 dagegen lehnt ausdrücklich die Prüfung der Frage ab, ob öffentliche Interessen die Durchführung einer Entscheidung, mit welcher ein Eisenbahndurchlass cassirt und eine Überbrückung angeordnet wurde, erschweren oder unmöglich machen, weil es sich „um eine Ent-„scheidung über differirende Ansprüche und Interessen von Parteien handelte“ und daher die Partei ein Recht auf den Bestand des Objektes, wie es consentirt wurde, besitze.

In Nr. 856 handelte es sich um einen Propinationsstreit zwischen einer Gemeinde, dem Propinationspächter und den Schänkern. Auch hier erscheint die Argumentation mit der „Parteisache“ nicht, sondern es heisst in den Motiven, dass die res judicata nur darum abgelehnt werde, „weil über die den heutigen Streit bildende Frage ... früher nicht „definitiv entschieden worden ist“, ohne dass irgend etwas Näheres über die Beschaffenheit des relevanten Aktes mitgeteilt würde. Aber auch darüber, worin das Merkmal der „definitiven“ Entscheidung zu erblicken sei, wird Nichts gesagt; es ist daher zu vermuten, dass hier ein Provisorialdekret ergangen war. A contrario müsste man schliessen, dass der V. G. H. hier jeder (definitiven) Entscheidung materielle Rechtskraft eingeräumt wissen wollte.

Der Vollständigkeit wegen sei schliesslich noch erwähnt, dass sich in einigen Fällen (Nr. 595, 2178 und 111 der nach § 6 gef. Erk.) auch die Ansicht findet, die Einwendung der res judicata sei unstatthaft, wenn die erkennende Behörde neue Erhebungen pflog und ein neues Erkenntnis fällte.

Vorerst sei diese letztere Ansicht abgelehnt; sie enthält einen handgreiflichen Irrtum. Läge es im Ermessen der Behörde, neue Erhebungen zu pflegen, so wäre es ins Ermessen derselben gestellt die res judicata als bindend anzuerkennen. Neue Erhebungen sind aber nicht zulässig, wenn res judicata vorliegt; es wären denn die Bedingungen einer Wiederaufname (vergleiche unten § 17) vorhanden. Damit also, dass neue Erhebungen gepflogen wurden, kann man die Zulässigkeit einer neuerlichen Entscheidung über rechts-

kräftig festgestellte Sachen nicht rechtfertigen; die Frage ist, ob diese neuen Erhebungen überhaupt zulässig waren.

Was die übrigen Judikate des Verwaltungsgerichtshofes betrifft, so dürfte deren Zusammenstellung allein genügende Aufschlüsse über die Unklarheit gewähren, mit welcher dieses Tribunal an die Frage herantritt, an welche Momente sich die res judicata zu knüpfen hat. Es ist eine Täuschung, wenn es das charakteristische Element in der „Parteisache“ zu finden glaubt. Denn was ist eine „Parteisache“? Der Verwaltungsgerichtshof versteht nach Bedarf sehr verschiedene Dinge darunter. Das einemal wird dieser Ausdruck mit dem der „administrativen Rechtssache“ identifizirt. Dürfen wir Äusserungen Lemayer's über diesen Ausdruck als eine Art Commentar hiezu betrachten, so wäre „administrative Rechtssache“ und somit „Parteisache“ jede Angelegenheit, in der das freie Ermessen der Behörde ausgeschlossen ist. In anderen Judikaten wurden „Parteisachen“ jene Angelegenheiten genannt, bei welcher sich mehrere Beteiligte unter einander und somit auch der Behörde gegenüberstehen. Nach einer dritten wiederholt ausgesprochenen Ansicht, wären „Parteisachen“ diejenigen, an deren Regelung öffentliche Interessen nicht beteiligt sind.

Dass diese drei Begriffe durchaus verschieden sind, bedarf keiner Erörterung. Einen so vieldeutigen Ausdruck zum Kriterium des Eintrittes der Judikatswirkungen zu machen, muss wol gerechtes Bedenken erregen, zumal der Verwaltungsgerichtshof gar noch öfters zwischen „reinen“ und — sit venia verbo — unreinen Parteisachen unterschieden wissen will. Worin die unterscheidenden Merkmale dieser beiden letzteren Begriffe liegen sollen, wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht einmal angedeutet. Man kann sich in der Tat nichts Präzises dabei vorstellen; es sei daher gestattet zu sagen: „Diese Reinheit achte ich für Wahn.“ Im Übrigen kann der Verfasser bei aller Anerkennung der gewiss ganz eminenten Leistungen unseres Verwaltungsgerichtshofes nicht umhin, dem letzteren in der hier besprochenen Frage Mangel an Klarheit vorzuwerfen. Präzision besässe nur die eine Anschauung, dass es den öffentlichen Interessen gegenüber eine materielle Rechtskraft nicht gebe. Nicht Parteisache und somit zur Erledigung im Wege einer materiell rechtskräftig werdenden Entscheidung ungeeignet wäre dann jede Angelegenheit, an deren gesetzmässiger Feststellung die Rechtsordnung sich interessirt erachtet. Es fiele dann wol jede Verwaltungssache hieher, denn der Ausdruck des öffentlichen Interesses an einer in abstracto zur Einheit zusammengefassten Tatsachenreihe liegt eben darin, dass die Rechtsordnung dieselbe als Verwaltungssache erklärt. Es wäre also mit jener Anschauung prinzipiell die

materielle Rechtskraft im Verwaltungsrecht an das im freien Ermessen der Verwaltung liegende Einverständnis der letzteren geknüpft, d. i. sie wäre de jure negirt. Das Argument des Verwaltungsgerichtshofes, dass bei Leistungen publici juris die Gesammtheit kein Interesse daran habe, wer sie prästire, wenn sie nur prästirt werden, ist kaum stichhältig[16]); der einzelnen conkreten Leistung gegenüber lässt sich das öffentliche Interesse überhaupt fast nie nachweisen, weil man diesen Begriff nicht abwägen und auf die einzelnen Fälle gewichtsmässig verteilen kann; nur dem abstrakt gedachten Tatbestand gegenüber gibt es ein öffentliches Interesse und dieses umfasst nicht nur die Sicherung der Leistungen publici juris, sondern auch die richtige und gesetzmässige Verteilung derselben.

Was die beiden übrigen dem Ausdruck „Parteisache“ beigelegten Bedeutungen betrifft, so sind wir wol enthoben, an dieser Stelle dagegen zu polemisiren, indem wir uns auf die oben in § 4 und § 6 gegebene Darstellung beziehen können.

Es ist klar, dass der Verwaltungsgerichtshof hier im Bannkreise der älteren Literatur steht, die bald in dem Gegenüberstehen mehrerer Beteiligten, bald in dem Mangel des „freien“ Ermessens das Kriterium der Rechtsprechung erblickte. Eine Übersicht der im folgenden Paragraph angeführten Judikate wird ergeben, dass der Verwaltungsgerichtshof selbst sich weder an das eine noch an das andere Prinzip gehalten hat. Er nam res judicata wiederholt in Fällen an, wo nur ein Beteiligter der Behörde gegenüberstand, so wenn über die Staatsbürgerschaft entschieden, wenn die Realeigenschaft eines Gewerbes festgestellt wurde, und er würde wol kein Bedenken tragen, dasselbe in Fällen zu tun, in denen durch rechtskräftige Entscheidung über Ansprüche eines Einzelnen gegen die Gesammtheit, z. B. auf Ersatz von gekeultem Vieh, von Kriegsschäden, auf Zalung von Dienstesbezügen u. s. w., judizirt worden war. Oder sollte es hier in der Tat der Verwaltung freistehen, ihre eigenen Erkenntnisse stets wieder abzuändern?

Andererseits gab es Fälle, in denen ganz nach freiem Ermessen

---

[16]) Ganz abgesehen davon, dass der V. G. H. nicht berufen ist, darüber zu entscheiden, ob in concreto ein öffentliches Interesse vorliege und in welcher Richtung es liege. Der V. G. H. müsste bei der entgegengesetzten Ansicht entweder selbst zur Verwaltungsbehörde werden, und damit hätten wir trotz aller Cautelen die gefürchtete Doppelverwaltung, oder er muss sich willenlos der Diktatur der Verwaltungsbehörden fügen, die nach ihrem Ermessen zu befinden hätten, ob Rechtsnormen (nämlich jene, deren Inbegriff materielle Rechtskraft heisst) zur Anwendung kommen oder nicht — ein absurdes Resultat.

entschieden worden war, aber gleichwol die materielle Rechtskraft des Judikats anerkannt wurde, wie beispielsweise hinsichtlich der Expropriations-Erkenntnisse, hinsichtlich der Ablehnung einer beantragten gewerblichen Betriebsanlage u. s. w. Den richtigen Massstab zur Trennung dieser Angelegenheiten von den übrigen Ermessenssachen, bei denen weder von Rechtskraft noch von Rechtsprechung geredet werden kann, gewinnt man allerdings erst, wenn man über den Begriff des „rechtlichen Interesses“ klar geworden ist, hinsichtlich dessen wir auf § 14 verweisen.

## Die formellen Voraussetzungen und die Wirkungen der materiellen Rechtskraft. Die Akte, an welche sie sich knüpft.

### § 11.

Gewöhnlich wird „formelle Rechtskraft“ als Bedingung der materiellen Rechtskraft betrachtet. Über die Bedeutung des Ausdrucks „formelle Rechtskraft“ herrscht jedoch keine Einigkeit. Versteht man darunter „Unanfechtbarkeit“, so lässt sich gegen jenen Satz Nichts einwenden. Ist die Entscheidung einer höheren Instanz in termino angerufen worden oder steht die Frist dazu noch offen, so ist die Sache noch nicht „entschieden“[1]; dann darf nicht nur nicht anders, sondern es darf überhaupt nicht entschieden werden. Es ist diess die Form, in welcher im Verwaltungsrecht die „Rechtshängigkeit“ erscheint. Eine exceptio litis pendentis, wie im Civilprozess, gibt es im Verwaltungsrecht nicht, weil der administrative Prozess nicht eine Klage mit fix begrenztem Anspruch, wie der Civilprozess zur Voraussetzung hat. Weder die Streitsache, noch die Prozessparteien sind im administrativen Verfaren derart fixirbar, dass sich an die Absicht der Behörde, in Zukunft eine Sache entscheiden zu wollen, rechtliche Wirkungen knüpfen

---

[1]) Klöppel, Die Einrede der Rechtskraft S. 6, behauptet zwar das Gegenteil, weil auch die noch nicht rechtskräftige Sentenz bewirke, dass die „Anhängigkeit“ der Sache aufhöre; „anhängig“ sei die Sache nicht mehr, wenn sie schon entschieden sei. Allein, so lange ein gesetzlich zulässiges Rechtsmittel nicht erledigt ist, kann man die Sache nicht als entschieden betrachten. Sie ist es erst, wenn die Rechtsmittelfrist fruchtlos verstrichen ist. Das hat nur die eine Consequenz, dass es eine Zeit gibt, in der man nicht bestimmen kann, ob schon res judicata vorliege oder nicht. Im Verwaltungsrecht fängt die „Rechtshängigkeit“ erst mit dem Augenblicke an, in welchem sie nach Klöppel aufhören müsste.

liessen. Erst wenn die Entscheidung ergangen ist, wird nach beiden Richtungen Gewissheit erzielt; die Entscheidung der ersten Instanz hat daher hier die gleiche Funktion, wie die Erhebung der Klage im Civilprozess.

Die Rechtshängigkeit hat jedoch nur formelle Wirkungen, indem sie die Fällung der Sentenz hinausschiebt; sie übt keinen Einfluss auf diese selbst, ist daher nicht im materiellen Recht, sondern im administrativen Prozess zu behandeln. Ihre rein negative Funktion hat darin ihren Grund, dass naturgemäss die früher entstandene Angelegenheit auch früher zu entscheiden ist und dass folgerichtig diese Entscheidung für die anlässlich des später entstandenen Tatbestandes zu fällende Entscheidung massgebend sein muss, nicht aber umgekehrt.[2])

Unanfechtbarkeit, nicht aber Unabänderlichkeit, ist Voraussetzung der materiellen Rechtskraft. Auch letzterer Begriff wird unter „formeller Rechtskraft" verstanden und, so aufgefasst, wäre der eingangs aufgestellte Satz unhaltbar. Bis zu einem gewissen Grade ist behördlichen Entscheidungen volle Unabänderlichkeit überhaupt nicht eigen. Selbst gerichtliche Urteile können in Fällen der sachlichen Incompetenz von der höheren Instanz von Amtswegen cassirt werden[3]), und im Verwaltungsrecht ist diess Aufsichtsrecht der höheren Behörden noch intensiver[4]); hier wie dort gibt es ferner Fälle der Wiederaufname, ohne dass durch alle diese Möglichkeiten, rechtskräftige Urteile abzuändern, die materielle Rechtskraft zerstört würde. Nur darf eine derartige Aktion nicht ins Ermessen der Behörde gestellt, sondern muss an ganz

---

[2]) Ein Beispiel von Litispendenz bietet V. G. H. 158. Die Ablehnung derselben (Samml. I, S. 533) erfolgte Seitens des V. G. H. mit der augenscheinlich verfehlten Motivirung, dass im gegebenen Falle nur entscheidend sei, ob der Tatbestand der vorliegenden (zweiten) Streitsache vollständig und das Verfaren dabei correkt sei. Allein lag Litispendenz vor, so war eben das Verfaren in der zweiten Angelegenheit nicht correkt, weil das Ministerium die Erledigung beider Recurse mindestens uno actu treffen musste. Denn in beiden Fällen kam dasselbe Rechtsverhältnis zwischen Propinationspächtern und Schänkern zur Entscheidung, die Frage nämlich, ob das Erzeugungsentgelt nur durch Vertrag, oder ob es auch durch behördliche Verfügung fixirt werden könne. Durch die frühere Erledigung der einen, noch dazu um 14 Jare später entstandenen Sache wurde nunmehr res judicata für die der Erledigung wahrscheinlich noch jetzt harrende Angelegenheit ex 1862 geschaffen. Und das soll „correktes" Verfaren sein?

[3]) Vergl. unten § 16.

[4]) Das heisst, es erstreckt sich Akten der Rechtsprechung gegenüber, welche von Verwaltungsbehörden ausgehen, auch auf wesentliche Mängel des Verfarens.

bestimmte gesetzliche Voraussetzungen geknüpft sein.[5]) Diese Ausnamsfälle vorbehalten, können wir den Satz aufstellen: Die endgiltige oder die unanfechtbar gewordene[6]) Entscheidung besitzt materielle Rechtskraft. Unanfechtbarkeit ist daher die formelle Voraussetzung der letzteren.

Prüfen wir nunmehr die materiell-rechtlichen Consequenzen der Entscheidung.

Alle rechtlichen Wirkungen bestehen nur in dem Wirksamwerden neuer, bisher nicht existent gewesener Imperative. Die Imperative, welche aus der (unanfechtbar gewordenen oder endgiltigen) Entscheidung entspringen, bestehen in dem generellen Befele der Rechtsordnung an alle Normunterworfenen, ihre künftigen Handlungen so einzurichten, dass sie mit dem in der Entscheidung liegenden Schlusse nicht in Widerspruch geraten. Dieser Schluss beabsichtigt durchaus kein neues Rechtsverhältnis zu schaffen, sondern die Rechtsordnung regulirt kraft ihrer Macht die Willenstätigkeit aller Normunterworfenen, indem sie dieselben zwingt, sich nach jenem Schluss zu richten. Es entsteht also durch die Entscheidung keine Novation, das Rechtsverhältnis bleibt dasselbe, nur ist jeder Beteiligte von nun an gebunden, die darüber in der Entscheidung enthaltene Ansicht zu haben oder doch durch Handlungen äusserlich an den Tag zu legen; differirende Ansichten darüber sind rechtlich unerheblich, das heisst, sie können keine rechtlichen Consequenzen nach sich ziehen, weil sie Unrecht sind.

Wenn nun auch mit der Entscheidung nicht neue Rechtsverhältnisse geschaffen und daher keine Novation erzielt werden soll, so entsteht doch durch jede Entscheidung ein neues Rechtsverhältnis, welches aber das in der Entscheidung festgestellte nicht ersetzt, sondern ihm zur Seite tritt. Der Unterschied zwischen beiden Arten von Rechtsverhältnissen ist evident: dasjenige, welches in der Entscheidung fixirt wird, hat in dem konkreten Tatbestande sein Objekt, ist daher soviel mal verschieden, als solche Tatbestände existiren; dasjenige dagegen, das aus der Entscheidung entspringt, hat zum Objekt die Tatsache der Entscheidung und dieser Tatbestand ist allemal einer und derselbe.

---

[5]) Wenn daher eine Entscheidung wegen jeder Art von Gesetzwidrigkeit stets cassirt werden kann, wie diess im canonischen Rechte der Fall war (C. 7. 11. X. de sent. 2. 27), so ist allerdings materielle Rechtskraft nicht vorhanden.

[6]) Auch zwischen „Endgiltigkeit" und „Unanfechtbarkeit" ist ein Unterschied. „Endgiltig" ist jener Akt, gegen den ein weiteres Rechtsmittel nicht zulässig ist; unanfechtbar kann eine nicht endgiltige Entscheidung, gegen die noch rekurrirt werden durfte, dann werden, wenn die Rekursfrist fruchtlos verstrich. Was endgiltig ist, ist auch unanfechtbar, nicht aber umgekehrt.

Dieses neue Rechtsverhältnis nun, welches durch die Entscheidung erzeugt wird, besteht, wie schon bemerkt, wieder aus Imperativen. und zwar solchen zweierlei Art, verschieden je nach den Subjekten, an die sie sich richten. An die Parteien richtet sich der Befel, ihre Handlungen der Entscheidung gemäss zu gestalten, d. h. so zu handeln, dass der in der Entscheidung liegende Schluss das Motiv derselben bildet.

Hieraus ergibt sich, dass die materielle Rechtskraft zu verschiedenen Zeiten wirksam werden kann, wenn die formellen Voraussetzungen derselben den einzelnen Parteien gegenüber zu verschiedenen Zeiten eintreten.[7]) Vor Kundmachung der endgiltigen Entscheidung oder vor Eintritt ihrer Unanfechtbarkeit erwirbt keine Partei Rechte aus der Entscheidung, es erwachsen ihr aber daraus auch keine Pflichten.

Den Behörden gegenüber äussern sich jene Imperative darin, dass alle künftigen Entscheidungen so gefällt werden müssen, dass der in der Sentenz enthaltene Schluss die Prämisse derselben wird. Parteibehauptungen, welche damit im Widerspruch stehen, sind somit wirkungslos.

Die Behörden werden jedoch nicht nur bei Fällung späterer Entscheidungen, sondern bei jeder Art von Amtshandlung an jenen Schluss gebunden sein. Alle Verordnungen, Beurkundungen, Verfügungen müssen daher solche Prämissen haben, welche mit ihm identisch sind.

Hierin liegt, wie noch zu erörtern ist, der grundlegende und zugleich praktisch wichtige Unterschied dieser Akte von der Entscheidung: die Prämissen jener sind ohne bindende Wirkung.

Träger der materiellen Rechtskraft ist also allemal nur ein Akt der Rechtsprechung, aber auch jeder solche Akt besitzt materielle Rechtskraft. Daraus ergibt sich im Einzelnen Folgendes.

Ohne materielle Rechtskraft sind vor Allem jene behördlichen Emanationen, welche den Charakter der Erhebung eines Parteianspruchs oder wirtschaftlicher Verfügungen innerhalb der Privatrechtssphäre besitzen; denn die Behörde übt hier keine obrigkeitliche Gewalt. Solche Akte sind weder zwangsweise vollstreckbar, noch erwachsen sie in materielle Rechtskraft, noch ist dagegen die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zulässig; sie sind vielmehr im Rechtswege anfecht-

---

[7]) Ein Fall, wo diess aktuell wurde: V. G. H. 440. Eine Domäne berief sich auf die Rechtskraft früherer Erkenntnisse, mit denen die Ersatzpflicht ehemaliger Untertanen zur Leistung von Urbarialrückständen ausgesprochen wurde. Der V. G. H. verwarf diese Einwendung bei jenen Parteien, denen die Erkenntnisse nicht persönlich zugestellt worden waren. Vgl. übrigens V. G. H. 394, 933, 1964, 1997.

bar.[8]) Ebensowenig besitzen materielle Rechtskraft Belehrungen[9]), Dienstbefele.[10])

Hingegen kommt diese Wirkung jeder auf Grund eines abstrakt normirten Verfarens ergehenden Entscheidung zu.

Am mindesten zweifelhaft ist diess dort, wo die Entscheidung rein, das heisst ohne Beimengung anderer Verwaltungsakte erscheint, also bei Präjudizialentscheidungen.[11])

---

[8]) Wol zu unterscheiden von materieller Rechtskraft ist jene Wirkung welche aus der behördlichen Anerkennung, einer Zusage, einem Versprechen, einem aussergerichtlichen Geständnis entstehen können. Es sind diess Rechtsgeschäfte, die nach den gewöhnlichen Privatrechts- und Civilprocessnormen zu beurteilen sind. Es kommt daher auch auf die konkrete Sachlage an, ob die Nichtbetretung des Rechtsweges gegen einen derlei Akt einen Verzicht der beteiligten Partei involvirt. Diese Frage ist nicht verwaltungsrechtlicher Natur. Vgl. V. G. H. 1465. Vgl. übrigens zu dem im Text Gesagten oben § 7, Note 8—11.

[9]) V. G. H. 375, 401, 992, 2238, Exel 19, 20, 138, 139. Denselben Charakter hat der Vorbehalt neuer Klagen in den Entscheidungsgründen, wie ihn R. G. 74 enthielt. Das R. G. wäre an die dort ausgesprochene Ansicht nicht gebunden gewesen. — Ebensowenig Bedeutung hat der Vorbehalt eines Beweises hinsichtlich der Beurteilung seiner Relevanz. Vgl. V. G. H. 501.

[10]) V. G. H. 375, Exel 27, 676. Den Parteien erwachsen eben aus solchen Dienstbefelen überhaupt keine Pflichten. Aus diesem Grunde wurde in No. 2066 mit Recht die materielle Rechtskraft abgelehnt; es lag dort nur ein Dienstbefel zur Einbringung der Religionsunterrichtskosten eventuell zur Entscheidung der Rechtsfrage vor. Unrichtig daher V. G. H. 262.

[11]) Man kann diesen Ausdruck aus dem Civilprocess herübernehmen, weil das durch eine Präjudizial-Entscheidung festgestellte Rechtsverhältnis sehr häufig für andere Anlässe, Leistungen, Verfügungen u. s. w. massgebend (präjudiziell) sein wird. Wenn sich Entscheidung und Verfügung u. s. w. äusserlich zu einem Akte nicht vereinigen, so spreche ich von Präjudizial-Entscheidung, ein Ausdruck, hinsichtlich dessen Bedeutung übrigens Einigkeit nicht herrscht. Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm; dazu Heyssler in Grünhut's Ztschr. V, S. 600 ff.; Bülow a. a. O.; Wach, Defensionspflicht und Klagerecht in Grünhut's Ztschr. VI, S. 515 ff. und 593 ff.; Wach, Präklusion und Contumaz, ebenda VII, S. 130 ff.; Canstein, das. VIII, S. 384 ff.

Die Zulässigkeit von Feststellungsklagen im Civilprocess ist derzeit allgemein anerkannt (für's österr. Recht: Unger, System II, S. 374; Burckhard, System I, S. 552); im Verwaltungsrecht lässt sich blos von Feststellungsanträgen reden. Deren Zulässigkeit ergibt sich schon daraus, dass der Beginn und die Intensität der behördlichen Aktion hier zunächst durch öffentliche Interessen bestimmt wird, denen gegenüber eine geschehene Rechtsverletzung eo ipso in den Hintergrund tritt. Die Grenzen der Aktiv-Legitimation zu derartigen Feststellungsanträgen fallen mit dem Begriff des

In diesem Sinne wurde in der Praxis materielle Rechtskraft zuerkannt Präjudizial-Erkenntnissen:

hinsichtlich der Ablösbarkeit von Naturalgiebigkeiten in der E. d. M. d. I. v. 9. Okt. 1875 (Z. f. V. 1877, S. 33) und in V. G. H. 528; hinsichtlich der Exscindirung von pfarrlichen Einkünften in V. G. H. 1559; hinsichtlich der Realeigenschaft eines Gewerbes in V. G. H. 1862; hinsichtlich des Propinationsrechtes in V. G. H. 2176 und 2295 (vgl. auch 2167); hinsichtlich der Öffentlichkeit eines Weges in V. G. H. 980, 1037, 1515, 1541 (indirekt), 2082, 2281[12]), ferner indirekt in Nr. 22, 23 u. 24 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.; hinsichtlich der Öffentlichkeit eines Gewässers in V. G. H. 535; hinsichtlich der Zugehörigkeit eines Grundstückes zu einem Jagdgebiete in V. G. H. 1405, zu einem Gemeindegebiete in der E. des bad. V. G. H. v. 14. März 1871 (Bad. Ztschr. 1871, Nr. 8), zum Gemeindegute oder zu einem für anderweitige öffentliche Zwecke gewidmeten Vermögen (V. G. H. 2380); hinsichtlich des Heimatrechtes in V. G. H. 580 und öfters; hinsichtlich der Armenunterstützungspflicht in der E. d. B. A. für Heimatwesen v. 3. Febr. 1877 (Hartmanns Ztschr.. 1877, S. 534) und v. 5. Nov. 1881 (Reger's Samml. II, S. 36); hinsichtlich der Staatsangehörigkeit in V. G. H. 744; hinsichtlich der Pflicht zur Wegeerhaltung in V. G. H. 1097; hinsichtlich der Berechtigung zur Teilname an den Nutzungen des Gemeindegutes in V. G. H. 311, 2150, 2306, Exel 58 und Nr. 13 der nach § 6 gef. Erk. dess.; hinsichtlich des Weiderechtes an einer Alpe in V. G. H. 2351; hinsichtlich der Pflicht zur Anschaffung von Kirchenglocken in V. G. H. 439, zur Beistellung von Aststreu in V. G. H. 1720, zur Besoldung eines Religionslehrers in V. G. H. 1735, zu Leistungen für Schulzwecke in V. G. H. 1447, zur Zalung eines Mautpauschales in V. G. H. 2303, oder anderer wiederkehrender Leistungen publici juris in V. G. H. 2304; hinsichtlich der Feststellung des rechtlichen Charakters von Verwaltungsauslagen autonomer Körper in V. G. H. 2110; hinsichtlich der Kirchenbau-Conkurrenz in V. G. H. 1118; hinsichtlich der Notwendigkeit der Schliessung beziehungsweise der Neu-

---

rechtlichen Interesses zusammen, wovon unten in § 14 gehandelt wird. — Vgl. übrigens E. des bad. V. G. H. v. 12. Okt. 1880 (Bad. Ztschr. 1880, S. 225) u. v. 10. Jänner 1882 (Reger's Samml. III, S. 68); Urt. d. O. L. G. Braunschweig v. 10. Jänner 1881 (das. III, S. 99); E. d. bad. V. G. H. v. 28. Nov. 1882 (das. III, S. 324); Urt. des deutschen R. G. v. 11. Februar 1882; Urt. des öst. R. G. No. 190.

[12]) Vergl. auch E. d. preuss. O. V. G. vom 28. März 1883, Samml. IX, S. 174 und Exel 88.

errichtung einer Schule in V. G. H. 422, eines Friedhofes in V. G. H. 2367; hinsichtlich eines Schadenersatzanspruches Exel 719 u. s. w.

Die übrigen Verwaltungsakte haben keine materielle Rechtskraft. Verordnungen sind erzwingbar, Verfügungen vollstreckbar, Beurkundungen beweiskräftig. Die Wirkungen der letzteren ähneln denen der materiellen Rechtskraft, denn sie haben gleichfalls zunächst ideelle Wirkungen; sie wirken nicht unmittelbar, sondern erst mittelbar auf die Aussenwelt ein. Der Unterschied derselben von der materiellen Rechtskraft liegt darin, dass ihnen ein Gegenbeweis gegenübergestellt werden kann, während die in der Entscheidung ausgesprochenen Schlüsse nicht angefochten werden können.

Erzwingbarkeit (der Verordnung) und Vollstreckbarkeit (der Verfügung) unterscheiden sich dadurch von Beweiskraft und materieller Rechtskraft, dass sie einen bestimmten faktischen Zustand herbeizuführen geeignet und berechnet sind. Unter Vollstreckbarkeit hat man daher nicht nur die Eignung eines Aktes zur Erzwingung eines Befeles oder Verbotes und zur Erlassung aller jener Massregeln zu verstehen, welche diesem Zwecke dienen [13]), sondern der Begriff der Vollstreckbarkeit deckt auch den Complex aller jener Amtshandlungen, welche den durch einen constitutiven Akt beabsichtigten faktischen Zustand herbeizuführen oder die dagegen erhobenen Einwendungen und Hindernisse tatsächlicher Natur zu beseitigen bezwecken. Bestünden Verfügungen nur in conkreten Befelen und Verboten, so fielen die Begriffe „Erzwingbarkeit“ und „Vollstreckbarkeit“ zusammen. Da aber auch die constitutiven Verfügungen oft genug, ja in der Regel besonderer Massregeln bedürfen, um den angestrebten faktischen Zustand zu verwirklichen, so empfiehlt es sich den Ausdruck „Vollstreckbarkeit“ in dem von uns gebrauchten Sinne zu verstehen, da wir einen anderen Ausdruck hiefür nicht besitzen. Das Wort „Erzwingbarkeit“ wäre zu eng; denn es fällt unter den Begriff der Vollstreckbarkeit eine ganze Reihe von Massregeln, die mit einem „Zwang“ Nichts zu schaffen haben.

Vollstreckbar wird nun allerdings jede Verfügung, sowie sie formell rechtskräftig geworden ist. Mit materieller Rechtskraft besteht insoferne eine Ähnlichkeit (die auch oft zu Verwechselungen Anlass bietet), als auch hier einzelne behördliche Massregeln die nicht weiter anfechtbaren Folgen vorhergegangener Akte darstellen. Die Unterschiede zwischen Vollstreckbarkeit und materieller Rechtskraft sind gleichwol nicht zu verkennen. Vollstreckbar werden auch Akte, welche

[13]) Physischer Zwang, Geld- oder Haftstrafen als Compulsivmittel.

formelle Rechtskraft nicht beschritten haben, im Civilrecht mit gewissen Beschränkungen, im Verwaltungsrecht, falls öffentliche Interessen die sofortige Vollstreckung erheischen, ohne alle Beschränkung. Vollstreckbar werden ferner auch andere Akte als obrigkeitliche Emanationen, z. B. gerichtliche oder behördlich genehmigte Vereinbarungen der Parteien, die auf beiden Rechtsgebieten oft genug behördliche Erkenntnisse ersetzen; materielle Rechtskraft geht solchen Akten stets ab.

Die Vollstreckbarkeit endlich wirkt nur gegen jene Personen, an die sich die Verfügung adressirt und gegen deren Rechtsnachfolger; die materielle Rechtskraft wirkt absolut gegen jeden Dritten (§ 14).

Die Entscheidung als solche kann nie vollstreckbar werden; spricht man davon, so meint man nur, dass der der Entscheidung äusserlich angehängte Befel, die (richterliche oder behördliche) Verfügung erzwungen oder widerspruchslos verwirklicht werden könne; ein logischer Schluss kann nicht vollstreckt werden, weil er nicht eine Willensemanation, sondern eine Denkoperation enthält, die an sich den Vorgängen der Aussenwelt teilnamslos gegenübersteht.

Der praktisch wichtige Unterschied zwischen den Akten der Rechtsprechung und den übrigen Akten der Verwaltung besteht aber darin, dass die logischen Schlüsse, welche diese letzteren bedingen, jeglicher bindenden Wirkung entbehren. Und hierin liegt auch, da wir die Wirkungen jener mit materieller Rechtskraft, dieser mit Erzwingbarkeit, Vollstreckbarkeit und Beweiskraft bezeichnet haben, der grundlegende praktische Unterschied dieser Begriffe. Jeder Verwaltungsakt beruht auf einer Prämisse, deren logische Struktur der Entscheidung völlig gleicht, und gerade darin liegt, wie oben ausgeführt, die Schwierigkeit, den Charakter der Rechtsprechung dort zu erkennen, wo sich andere Verwaltungsakte, insbesondere Verfügungen, an die Entscheidung äusserlich anschliessen. Wir können hier diesen Punkt nicht neuerlich besprechen, setzen vielmehr voraus, dass über den Charakter der behördlichen Aktion im conkreten Fall Klarheit besteht. Unter dieser Voraussetzung nun können wir den Satz aufstellen, dass die logischen Prämissen einfacher Verwaltungsakte, Verordnungen, Beurkundungen, Verfügungen der bindenden Judikatswirkung entbehren, dass sie dieselbe vielmehr blos dann besitzen, wenn diese Prämissen selbst durch einen Akt fixirt wurden, der als Entscheidung des dafür massgebenden Rechtsverhältnisses beabsichtigt ist und als solche den Parteien gegenübertritt.

Ergeht eine Verordnung, so geschieht diess unter der Voraussetzung, dass dieselbe gesetzlich zulässig und nützlich, daher notwendig sei. Wären die Ansichten darüber bindend, so gäbe es weder

ein richterliches Prüfungsrecht über dieselben, noch die Möglichkeit, sie von Aufsichtswegen wegen Nichtigkeit ausser Kraft zu setzen.[14])

Dasselbe gilt von Beurkundungen.[14a]) Die Ausstellung eines Heimatscheines beruht beispielsweise auf der Voraussetzung, dass das Heimatsrecht zu Recht bestehe; sie enthält aber keine Entscheidung darüber; in der Ausstellung desselben liegt daher eine Anerkennung[15]) mit den Rechtswirkungen einer solchen[16]), es fehlen ihr aber die Judikatswirkungen.[17])

Unendlich häufiger wird dieser Unterschied aktuell bei Verfügungen; hier wird daraus eine Frage, die in der Praxis fast täglich aufgeworfen wird.

Was zunächst die constitutiven Verfügungen betrifft, so kommt hier noch ein Moment in Betracht, welches die Differenzirung der Begriffe Vollstreckbarkeit und materielle Rechtskraft erschwert: die Frage, welchen Einfluss öffentliche Interessen auf wolerworbene Rechte üben. Dass eine Verfügung (deren Gesetzmässigkeit hier[18]) vorläufig ausser Spiel bleibt) wolerworbene Rechte schafft, lässt sich nicht bezweifeln; man wird aber sofort den richtigen Gesichtspunkt finden, wenn man

---

[14]) Vgl. V. G. H. 411, 832, 874. Es ist eine Consequenz hievon, dass gegen eine allgemeine Verordnung die Beschwerde an den V. G. H. nicht zulässig ist (Exel 23, 26 27, 38a, 766); nur die konkrete Verfügung, durch welche die in der Verordnung enthaltene Norm angewendet wird, unterliegt dieser Beschwerde. (E. d. V. G. H. v. 22. Aug. 1876, Samitsch' Ztschr. I, S. 84, Exel 22, ein Judikat, mit dem man aber schwerlich einverstanden sein wird. Der Auftrag an eine Commune, im Fall sanitätsbehördlich constatirbarer Epidemie Notspitäler zu errichten, wenn alle vorrätigen Betten besetzt sein sollten, ist wol kaum als allgemeine Verordnung zu betrachten, weil ein konkreter Tatbestand damit geregelt wird. In No. 1798 ist denn auch der V. G. H. von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen; vgl. auch V. G. H. 332.) Beispiele von Verordnungen, welche erst in Folge einer Entscheidung ergehen, bieten die Fälle, wo nach erfolgter Cassation einer Verordnung von Aufsichtswegen der V. G. H. die Rechtmässigkeit der Verordnung festgestellt hat. Die Verordnung, die auf Grund dieser Entscheidung erlassen wird, ist auch hinsichtlich der im Entscheidungswege festgestellten Prämissen bindend.

[14a]) V. G. H. 2074 spricht diesen Satz hinsichtlich der Widerrufung eines Armutszeugnisses aus.

[15]) Genauer die Beurkundung dieser Anerkennung.

[16]) § 35 Heim. Ges.

[17]) Nur in seltenen Fällen ergeht die Beurkundung in Form der Rechtsprechung. Ein Beispiel bietet die Beurkundung darüber, dass Jemandem die nachteiligen Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung nicht mehr ankleben. Hierüber entscheidet nach § 11 des Ges. v. 15. Novbr. 1867 das Gericht. Ein Gegenbeweis wäre unzulässig.

[18]) Vgl. darüber unten § 16.

bedenkt, dass die Verfügung nur eine der vielen Entstehungsarten solcher Rechte bildet und dass die Consistenz wolerworbener Rechte gegenüber öffentlichen Interessen nicht durch die Entstehungsart dieser Rechte, sondern durch ganz andere Momente bedingt ist. Ob ein Eigentumsrecht, ein Gewerbsrecht öffentlichen Interessen weichen muss, ist sicherlich ganz und gar unabhängig davon, ob diese Rechte durch einen behördlichen Akt geschaffen oder als bestehend anerkannt wurden, oder ob dieselben durch Vertrag, Verjährung oder wie immer entstanden sind.

Von der Besprechung dieser Frage an vorliegender Stelle darf also wol abgesehen werden. Dagegen sei es gestattet zu untersuchen, ob constitutive Verfügungen Judikatswirkungen haben können.

Die Praxis, welche derlei Fragen oft vor sich aufgeworfen sieht, schwankt. R. G. 147 behandelt einen Fall, wo das Handelsministerium res judicata gegen den Anspruch eines Beamten auf Ausfolgung höherer Dienstesbezüge einwendete. Die Einwendung der res judicata wurde darauf gestützt, dass mit dem Dekret, welches die Versetzung des Petenten in die fragliche Rangsklasse verfügte, res judicata hinsichtlich seiner Ansprüche auf höhere Bezüge gegeben sei. Das Reichsgericht lehnte diese Einwendung mit der sonderbaren Motivirung ab, dass „eine res judicata nach der Natur der Sache (!) wol nur durch eine gerichtliche Sentenz, keineswegs durch ein administratives Erkenntnis constatirt werden könne. . . . . .“ Erwägt man, dass vorliegenden Falls die Versetzung in die bestrittene Rangsklasse auf Grund eines Disziplinarerkenntnisses erfolgte und eben die Disziplinarstrafe selbst darstellte, so wird man nicht umhin können, hier res judicata gegeben zu erachten; denn die Strafe, wie der Ausspruch über die Schuld bilden integrirende Bestandteile des Straferkenntnisses. Der Satz, dass nur gerichtliche Sentenzen res judicata produziren, bedarf hier keiner Widerlegung. Massgebend wäre die Frage gewesen, ob das administrative Erkenntnis einen Akt der Rechtsprechung enthielt oder nicht. Im ersteren Falle ist auch das Reichsgericht den Wirkungen der materiellen Rechtskraft gegenüber nicht immun.[19])

---

[19]) Nur eine bedauerliche Verkennung dieses Gesichtspunktes und völlige Unklarheit über den Begriff der Rechtsprechung konnte die Streitfrage über die Competenz des R. G. zur Entscheidung über Ansprüche, wie der vorliegende, hervorrufen. Wie schon Rösler irgendwo einmal angedeutet hat, liegt das einzig richtige Kriterium dieser Competenz darin, dass es sich um Ansprüche handeln muss, die nicht durch einen Akt der Rechtsprechung definitiv erledigt sind. In diesem Fall ist die Sache nicht mehr „streitig“ (Art. I. des St. G. G. v. 21. Dezbr. 1867, No. 143), denn die Be-

Auch der Verwaltungsgerichtshof sah sich zweimal einer ähnlichen Einwendung gegenüber, nämlich in No. 484 u. 485. Das Ministerium wendete res judicata ein, weil dem Petenten durch administrative in Rechtskraft erwachsene Verfügung nur die halbe Aktivitätszulage

---

streitung der erfolgten Feststellung ist rechtlich unmöglich. In allen anderen Fällen lässt sich gegen die Competenz des R. G. de lege lata Nichts, was ernst zu nehmen wäre, einwenden. R. G. 147 ist daher einer der wenigen Fälle dieser Art, wo das R. G. m. E. incompetent war. Wo immer aber eine einfache Verfügung in Mitten liegt, z. B. ein Ernennungsdekret, die übliche Gehalts- oder Pensionsanweisung u. dgl., ist das R. G. competent. Dass hiedurch in einer Reihe von Fällen eine Doppel-Competenz der beiden Tribunale entsteht, weil auch gegen einfache Verfügungen der Rechtszug an den V. G. H. offen steht, lässt sich nicht leugnen. Daran trägt aber nur jenes Denkmal legislativer Unfähigkeit, das Gesetz über das Reichsgericht, Schuld. Nach der Stylisirung dieses Gesetzes lässt sich fast jede Angelegenheit vor das R. G. zerren, wenn man einen Präjudizial-Anspruch auf Ungiltigkeit und Aufhebung eines administrativen Aktes erhebt. Denn es wäre nicht abzusehen, warum der „Anspruch" des Art. 3 des ged. St. G. G. nicht auch ein beliebiger Feststellungsanspruch sollte sein können? Was Hye (Samml. III, S. XXVI) und R. G. 260 gegen diese Argumentation einwenden, ist geradeso gekünstelt, wie dasjenige, wogegen Hye sich mit Recht wiederholt (I, S. XIII; III, S. XIX) wendete. Ist etwa der Anspruch gegen den Staat auf Anerkennung, dass Kläger in der X. Rangsklasse sich befinde oder der Anspruch auf Feststellung, dass eine Verfügung ein politisches etc. Recht verletzte, kein Feststellungsanspruch? Man vergleiche doch V. G. H. 590 und R. G. 159, oder besehe V. G. H. 2259 und denke sich beide Tribunale in derselben Sache angerufen. Der Conflikt wäre unausweichlich und aus dem Gesetze auch nicht zu saniren. Ähnlich liegt die Sache in manchen Walangelegenheiten und hinsichtlich des Vereins- und Versammlungsrechts. Vergl. hiezu Jäger's m. E. verfehlten Versuch in seiner Ztschr. f. V. 1871, No. 30, aus den bezüglichen Gesetzen eine Beschränkung der reichsgerichtlichen Competenz herauszuinterpretiren. Siehe dagegen Hugelmann (Studien zum Vereins- und Versammlungsrecht S. 178), der offen genug ist, den Conflikt als einen ungelösten und unlösbaren zu constatiren. Ein Beispiel eines negativen Competenzconfliktes aus den hier berührten Gründen bietet V. G. H. 2110 (Exel 213). In solchen Fällen lässt sich eine triftige Einwendung gegen die Competenz beider Gerichtshöfe nicht erheben. Das Prinzip, jedes Gesetz solle so interpretirt werden, dass es keinen Widerspruch mit anderen darbietet, lässt sich eben nicht immer durchführen, und der österreichischen Gesetzgebung von 1867 wird der Ruhm bleiben, diess Prinzip zu Schanden gemacht zu haben. Das schlechteste Mittel gegen ein schlechtes Gesetz (wenngleich vielleicht leider unseren österreichischen Gewohnheiten am meisten entsprechend) ist es aber, die Anwendung desselben durch allerlei Hausmittelchen und krumme Wege zu umgehen, um nur ja keinen ganzen Schritt machen zu müssen. Vgl. Exel 203—209, 214 (?), 217—220, 222, 223, 344—346, 808, 809.

gewährt worden war. Die Motivirung des Verwaltungsgerichtshofes[20]), der diese Einwendung ablehnte, ist m. E. gleichfalls unhaltbar: res judicata lag einfach deswegen nicht vor, weil ein Anstellungsdekret nicht ein Akt der Rechtsprechung ist.

Umgekehrt wendete Petent die res judicata im Falle R. G. 238 ein, indem er behauptete, durch die bei seiner Ernennung in die XI. Rangsklasse erfolgte Einrechnung der in Ungarn zurückgelegten Dienstzeit[21]) sei ein Präjudiz dafür geschaffen worden, dass dieselbe Einrechnung für die X. Rangsklasse massgebend sei. Diese Einwendung wäre[22]) damit abzulehnen gewesen, dass das Verleihungsdekret kein Akt der Rechtsprechung, seine Prämisse daher für das Reichsgericht nicht bindend ist.

Ebenso entscheidet V. G. H. 1486 die Frage, ob durch eine gesetzwidrigerweise erfolgte Anweisung der ersten und zweiten Dienstalterszulage ein Recht auf Zuerkennung der dritten Dienstalterszulage entstand, mit Recht verneinend. „Denn ein solcher Anspruch müsste „von der Voraussetzung ausgehen, dass mit dem Zuspruche der ersten „auch über den aller folgenden Dienstalterszulagen entschieden sei, „welche Voraussetzung offenbar unrichtig wäre.“ Der Grund, der indess auch hier nicht klar zum Ausdruck gebracht wurde, liegt abermals nur darin, dass das Gehaltanweisungsdekret eine Verfügung, keine Entscheidung ist. Verwirrend ist es daher, wenn z. B. in der E. des V. G. H. v. 30. April 1877[23]) die Ansicht aufgestellt wurde, die Ver-

---

[20]) Dieselbe geht nämlich dahin, dass die fraglichen Verfügungen nicht vom Ministerium, sondern von den Unterbehörden ausgingen. Selbstverständlich hat dieser Umstand auf den Charakter des fraglichen Aktes gar keinen Einfluss.

[21]) Behufs Einreihung in eine höhere Gehaltsstufe.

[22]) Das R. G. behauptet einfach, es sei dem Patenten durch das fragliche Dekret ein Recht auf die Einrechnung der ungarischen Dienstzeit nicht erwachsen. Warum aber nicht?

[23]) Dieser Fall ist darum interessant, weil das R. G. sub No. 142 nachher über denselben Anspruch nochmals und zwar merital entschieden hat. Die E. d. V. G. H. findet sich in Samitsch' Ztschr., I, S. 381, abgedruckt. Selbe ist augenscheinlich verfehlt; denn wie kann man von res judicata sprechen, wenn Jemandem über sein Ansuchen irgend ein Dienstposten verliehen wird? Das R. G. nam richtig einen „selbsteigenen“ Verzicht des Petenten an, der um die niedere Rangsklasse selbst gebeten hatte. — Nebenbei bemerkt, lag hier ein eklatanter positiver Competenzconflikt zwischen R. G. und V. G. H. vor. Was das R. G. dagegen bemerkt und der Satz, welcher in Hyes Samml. III, S. 653 sub c aufgestellt wird, ist unhaltbar. Die Zurückweisung eines Anspruches kann allerdings res judicata machen. Aber diese Einwendung konnte hier vom R. G. deswegen und nur

leihung einer Diätenklasse mache res judicata [24]) und deshalb sei ein später (nach Rechtskraft der Verleihung) gestelltes Begehren um Verleihung einer höheren Klasse unzulässig. Ein derartiger Anspruch ist allerdings als verspätet a limine abzuweisen; dazu bedarf es aber nicht der irreführenden Behauptung einer res judicata; die Vollstreckbarkeit der Verfügung ist der Rechtsgrund hievon. Denn ein Anspruch der einen anderen faktischen Zustand herbeiführen müsste, als ihn das rechtskräftig gewordene Dekret geschaffen hat, steht mit der Vollstreckbarkeit dieses letzteren im Widerspruche.

V. G. H. 1734 weist daher mit Recht den Anspruch auf Zuerkennung einer Dienstalterszulage deshalb zurück, weil dieser Anspruch durch formell rechtskräftige Verfügung schon früher abgewiesen worden war. Ebenso lehnt V. G. H. 523 mit Recht den Anspruch auf Diäten ab, deren Bezahlung schon einmal durch rechtskräftige Verfügung zurückgewiesen wurde. [25]) Ähnlich Exel 770.

Unter dem gleichen Gesichtspunkte sind auch alle anderen constitutiven Verfügungen zu betrachten.

Eine Concession (beispielsweise zu einer Eisenbahn) begründet nicht entschiedene Sache hinsichtlich jener Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen, über welche sich die Behörde klar werden musste, ehe sie die Concession erteilte.

---

deswegen zurückgewiesen werden, weil der V. G. H. in der Sache (nach Ansicht des R. G.) incompetent gewesen sein musste: die Entscheidung der sachlich unzuständigen Instanz macht nicht res judicata (vgl. unten § 15). Wäre nach Ansicht des R. G. der V. G. H. nicht incompetent gewesen, so folgte daraus für jenes selbst die Incompetenz (§ 3 b d. Ges. v. 22. Okt. 1875).

[24]) Eine Ansicht, welche in einem analogen Fall, wie ich einem Referate der N. Fr. Pr. entneme, vom Regierungsvertreter anlässlich der E. d. R. G. v. 18. April 1883 ausgesprochen wurde. Derlei confuse Argumentationen sind ein zweischneidiges Schwert; was das einemal als res judicata zu Gunsten des Fiskus ausgespielt wird, bildet nächstens eine Waffe gegen den Fiskus, wie in den Fällen R. G. 238 und V. G. H. 1486.

Es ist meines Erachtens Pflicht der Regierung, ihre Vertreter vor den administrativen Tribunalen so zu instruiren, dass sie einheitliche Rechtsanschauungen vertreten, nicht aber nach Art gewisser Advokaten heute diese, morgen jene Ansicht mit Überzeugungstreue verteidigen. Die Regierung hat eben auch Pflichten der administrativen Rechtsbildung gegenüber, die wichtiger sind als die Aufgabe, so und so viel für den Fiskus „herauszuschlagen".

[25]) Verfehlt wäre es meines Erachtens auch in derlei Fällen, einen Verzicht zu „construiren", wie man dergleichen hie und da (z. B. V. G. H. 2155) ausgesprochen findet. Das Nichteinlegen eines Rechtsmittels ist kein Verzicht, keine Willenserklärung; die Gesetzgebung kann aus gewissen

Irrig war daher die Berufung der Regierung auf eine res judicata im Falle V. G. H. 140, wo die Südbahngesellschaft die Rechtsgiltigkeit der der Aspangbahn erteilten Concession anfocht; noch verfehlter war es, als der V. G. H. diese Einwendung damit zurückwies, dass die Tracen der beiden Bahnen nicht identisch seien, daher nicht eadem quaestio vorliege und dass die Südbahngesellschaft den Verhandlungen bei Erteilung der Concession Wien-Aspang nicht zugezogen worden, daher sie durch die „Entscheidung" (?) nicht gebunden sei. Denn diese Argumentation wäre nur dann am Platze, wenn die Erteilung der Concession ein Akt der Rechtsprechung wäre, was wol hier nicht im Ernste verteidigt werden könnte.

Die gleiche Einwendung der res judicata findet sich wieder im Falle V. G. H. 2607, dem bekannten Streite der Wiener Tramwaygesellschaft gegen die Gemeinde Wien. Auch hier behauptete die Regierung, durch Erteilung der Concession an die Gesellschaft sei res judicata für den Gegenstand der Beschwerde geschaffen worden; es liegt auf der Hand, dass dieses Argument ebenso unrichtig ist, wie das im vorigen Beispiel angeführte.

An ferneren Beispielen seien noch folgende Fälle angeführt.

V. G. H. 1982: Die bisherigen, wenngleich oftmals erfolgten Genehmigungen gesetzwidriger (statutenwidriger) Beschlüsse einer Sparkasse schaffen kein Präjudiz und nehmen der Behörde nicht das Recht, bei einem neuen Anlass die Frage anders zu entscheiden. V. G. H. 2238: Die rechtlichen Prämissen, welche für eine Behörde bei Verleihung einer Stiftung in früheren Fällen massgebend waren, hindern sie nicht, in späteren Verleihungsfällen von geänderten Rechtsansichten auszugehen. V. G. H. 2030: Die Genehmigung einer Communalauflage durch die Aufsichtsbehörde gewährt der Gemeinde ein unentziehbares Recht auf Einhebung der Umlage im laufenden Verwaltungsjahr. Für die folgenden Jahre läge kein Präjudiz vor.[25a])

Auch alle Beschlüsse von Behörden oder Selbstverwaltungskörpern

---

sehr wol zu rechtfertigenden technisch-juristischen Gründen allerdings erklären, sie verbinde mit irgend einem Ereignis oder Zustand Rechtsfolgen, welche nicht gewollt wurden, so als ob sie gewollt worden wären. Die Fiktion ist aber kein Hilfsmittel der Wissenschaft: sie setzt statt des zu Erklärenden und Erklärbaren ein Unerklärtes. Siehe darüber die trefflichen Ausführungen Bülow's, im Arch. f. civ. Pr. 62. Bd., S. 79 ff.

Ebenso unzulässig wäre es, in der unterlassenen Anfechtung einer behördlichen Verfügung einen Verzicht auf das Mehr, was gestattet gewesen wäre, zu erblicken; die Bitte einer Partei um weniger als ihr gebührte, ist dagegen gewiss ein Verzicht. R. G. 142 und V. G. H. 2179.

[25a]) Vgl. ferner Exel 710, 765; 332, 340; 680.

fallen hieher, deren Emanationen nach dem Gesetze formelle Rechtskraft beschreiten. Solche Beschlüsse haben den Charakter rechtsconstitutiver Verfügungen, vorausgesetzt, dass sie nicht privatrechtlicher Natur sind. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft derselben sind alle Parteihandlungen, welche die Durchführung des bezüglichen Beschlusses zu verhindern oder anzufechten bestimmt sind, rechtlich unwirksam und unzulässig.

In diesem Sinne ergingen folgende Judikate. V. G. H. 422: Der rechtskräftige Beschluss einer Gemeindevertretung, eine Schule zu bauen, bewirkt die Unanfechtbarkeit des Gemeindepräliminars, welches die notwendigen Auslagen für die Schule enthält; V. G. H. 575: Der rechtskräftige Beschluss einer Gemeinde, Flurwächter zu bestellen, bewirkt, dass die Beschwerde gegen die Gesetzmässigkeit des Bestellungsaktes unzulässig und die Heranziehung der Gemeindemitglieder zu den Kosten im Prinzip nicht mehr anfechtbar ist; V. G. H. 2007: Die rechtskräftige Einstellung einer Auslage für ein Pfarrgebäude ins Communalbudget und der rechtskräftige Beschluss zur Einhebung der dazu notwendigen Umlage hat zur Folge, dass die Gesetzmässigkeit der letzteren nicht mehr in Frage gestellt werden kann.

Unter denselben Gesichtspunkt fallen Kostenvoranschläge, Wirtschaftspläne, Bau- und Regulirungspläne.

Auch die Eintragung in die Wälerlisten hat den Charakter einer constitutiven Verfügung, die mit Ablauf der Reklamationsfrist vollstreckbar wird, so dass verspätete Einwendungen gegen Walrecht und Wälbarkeit fruchtlos sind (V. G. H. 1999, Exel 773, 774).

Noch reicher ist die Spruchpraxis hinsichtlich solcher Verfügungen, welche Befele und Verbote enthalten. Insbesondere auf dem weiten Gebiete polizeilicher Befele ist der Satz massgebend, dass derlei Dekrete zwar vollstreckbar werden, dass aber deren Prämissen Judikatswirkungen nicht besitzen. Aus der Praxis des V. G. H. seien folgende Fälle angeführt.

V. G. H. 1586 spricht den Satz aus, dass durch ein Dekret, welches einer Commune die Bezalung von Lehrerbesoldungen aufgetragen hatte, res judicata hinsichtlich der Pflicht der Commune zu Entrichtung von Pensionen an die Witwen der Lehrer gegeben sei, weil die Pflicht zur Leistung des Gehaltes für die Pflicht zur Zalung der Pension präjudiziell sei. Diese Consequenz wäre nach dem von mir aufgestellten Satz blos dann richtig, wenn jenes Dekret, womit die Bezalung des Gehaltes aufgetragen wurde, einen Akt der Rechtsprechung dargestellt hätte. Da diess vorliegenden Falls sicherlich nicht zutrifft, ist die Ansicht des V. G. H. nicht zu billigen. Ebenso unrichtig V. G. H. 262: Der Auftrag an die Unterbehörden, das

Heimatsrecht eines Staatsdieners festzustellen, enthalte „unzweifelhaft“ die Entscheidung, dass ihm das Heimatsrecht im Dienstorte nicht zustehe.

Richtig dagegen V. G. H. 329: Der Auftrag, die Öffnungen einer Feuermauer zu schliessen, macht nicht res judicata hinsichtlich der Qualität dieser Mauer; V. G. H. 1279: aus einem behördlichen Auftrag zur Übername einer kirchlichen Baulast und der tatsächlichen Übername derselben lässt sich das Entstehen des Patronates durch rechtskräftige Sentenz nicht deduziren; V. G. H. 1450: die rechtskräftige Bemessung einer Einkommensteuer[26]) macht nicht res judicata hinsichtlich der folgenden Steuerperioden, wenngleich sich am Tatbestande Nichts geändert hat.[27])[28])

Dagegen sind alle Parteihandlungen, welche die Durchführung des Befeles illusorisch zu machen oder einen mit dem von der Behörde angestrebtem faktischem Zustand unvereinbaren Tatbestand zu schaffen berechnet sind, allerdings unzulässig und rechtsunwirksam, weil und wenn die Verfügung vollstreckbar ist.

V. G. H. 467: Die Trockenlegung von Teichen war dem Beschwerdeführer auferlegt worden; die Abweisung des Begehrens, es davon abkommen zu lassen, bildet keine Rechtsverletzung; V. G. H. 1155: der Auftrag an die Gemeinde, Glockenläutgebühren an die Kirche zurückzustellen, bewirkt die Unanfechtbarkeit der Verfügungen, welche diesen Beschluss vollstrecken sollen; V. G. H. 941: der Auftrag an eine Gemeinde, eine Jagd zu verpachten, hat zur Folge, dass der Beschluss, die Jagd in eigene Regie zu nehmen, unzulässig ist.

Wegen Vollstreckbarkeit des rechtskräftigen Befeles, nicht wegen res judicata ist die Rückforderung der über rechtskräftigen Auftrag gezalten oder das Ansuchen um Abschreibung rechtskräftig auferlegter öffentlicher Leistungen unzulässig[29]). Aus eben diesem Grunde ist die

---

[26]) Dass die „Vorschreibung“ einer Steuer oder Gebühr eine einfache Verfügung sei, weil nach unserem Recht das für die Rechtsprechung erforderliche Verfaren nicht vorhergangen ist, dürfte keinem Zweifel unterliegen.

Ganz ähnlich: E. des bad. V. G. H. vom 10. Januar 1882 (Reger's Samml. III, S. 68).

[27]) Dieser Satz ist auch in No. 1 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H. enthalten. Siehe auch Exel 567.

[28]) Daher liegt in der unrichtigen Motivirung einer Verfügung nie eine Rechtsverletzung (V. G. H. 773). Sie läge darin, entstünde res judicata daraus, wie bei der Entscheidung. Exel 4, 5, 762.

[29]) V. G. H. 1186, 1940, 2032, 2172, 2200, 2232, 2259 (condictio causa data causa non secuta), 2298; Exel 125, 554, 681, 700, 702, 705; 398, 399;

Anfechtung von Vollstreckungsverfügungen (Haft- und Geldstrafen als Compulsivmittel) dann nicht mehr zulässig, wenn die Verfügung, auf Grund deren jene ergingen, formell in Rechtskraft erwuchs.[30]) Einfache behördliche Befele können daher von Aufsichtswegen cassirt werden; sie können aber auch von den Behörden in erster Instanz oder auch von den Aufsichtsbehörden nach Eintritt der formellen Rechtskraft in pejus reformirt werden.[31])

Die gleichen Rechtswirkungen hat die Ablehnung einer begehrten Verfügung. Soferne über das Recht, dieselbe zu verlangen nicht durch Entscheidung abgesprochen wurde, präjudizirt eine einfache Ablehnung durchaus nicht die Erneuerung des Begehrens. Eine

---

E. des bad. V. G. H. v. 10. Jan. 1882 (Regers Samml. III, S. 68). Vgl. auch V. G. H. 39; aus den Motiven dieses Erkenntnisses lässt sich aber nicht entnemen, inwiefern das frühere Erkenntnis „ein anderes Begehren und aus einem anderen Titel zum Gegenstand" hatte. Allerdings kann die condictio indebiti unter Berufung auf einen neuen Tatbestand angebracht werden, welcher der früheren Entscheidung nicht zu Grunde lag. Dann muss aber dieser Tatbestand der Partei ohne deren Verschulden früher unbekannt gewesen oder erst nachträglich entstanden sein (M. d. I. v. 25. März 1871, Ztschr. f. V., 1871, S. 111) und damit fällt die Sache unter den Gesichtspunkt der Wiederaufname, wovon weiter unten noch gehandelt wird.

A contrario ergibt sich obiger Satz auch aus V. G. H. 1846 u. 2178.

[30]) Bekanntlich ist diese Frage in der Praxis sehr bestritten. Am häufigsten wird dieselbe aktuell, wenn gegen eine Straffestsetzung wegen Nichtbefolgung eines obrigkeitlichen Auftrages Recurs ergriffen und zugleich die Gesetzmässigkeit des letzteren angefochten wird. Vgl. E. d. preuss. O. V. G. v. 16. Juni 1879 (Samml. V, S. 426) und v. 11. Jan, 1879 (V, S. 408). Das preussische Gesetz vom 26. Juli 1880, beziehungsweise § 133 des Gesetzes vom 30. Juli 1883 hat die Frage in entgegengesetztem Sinne gelöst, hiedurch aber kaum der Würde der Behörden genügend Rechnung getragen und dieselben den Verwaltungsgerichten gegenüber in eine inferiore Stellung gebracht.

Für's österreichische Recht lässt sich kein Grund, von dem im Texte angeführten Prinzip abzuweichen, ausfindig machen. Jura vigilantibus scripta!

[31]) Oftmals anerkannt: V. G. H. 493 (nachträgliche Grundsteuererhöhung), 291 (nachträgliche Erwerbsteuererhöhung), 295 (nachträgliche Verzehrungssteuerbemessung), No. 14 der nach § 6 gef. Erk. (Nachtragsgebühr in einer Verlassenschaft), V. G. H. 1977, 2106 (nachträgliche Gebührenerhöhung), 2024 und 2282 (Einkommensteuer). Dass diese Ansicht richtig sei, wird durch das Gesetz vom 18. März 1878 erwiesen, laut welchem das Recht des Staates auf Ergänzung einer gesetzwidrigerweise zu gering bemessenen Gebühr binnen zwei, bezw. drei Jahren verjährt.

Abweisung des letzteren unter dem Gesichtspunkt der res judicata ist unzulässig.[32])

Während also in allen bisher angeführten Fällen von res judicata keine Rede sein konnte, sehen wir die Judikatswirkungen allerdings eintreten, wenn ein Verwaltungsakt erst auf Grund eines Aktes der Rechtsprechung erging. Denn die Prämissen der Verfügung, Beurkundung oder Verordnung sind dann eben in der Entscheidung niedergelegt. Die materielle Rechtskraft einer Entscheidung wird dadurch gewiss nicht gehindert, dass Verfügungen, Beurkundungen, Verordnungen an dieselbe äusserlich angereiht werden.

So wird die Ausstellung eines Heimatscheines dann res judicata über das Heimatrecht schaffen, wenn sie auf Grund einer Entscheidung

---

[32]) Vgl. E. d. pr. O. V. G. vom 21. Sept. 1881, Samml. VIII, S. 349, wo dieser Satz hinsichtlich des Begehrens um eine Ansiedlungsgenehmigung ausgesprochen wurde. Ähnlich Erk. dess. vom 25. Juni 1879, Samml. V, S. 293, hinsichtlich des Ansuchens um Verleihung eines Gastgewerbes. Aus diesen Judikaten ist zu ersehen, dass man in der preussischen Praxis auf den Gedanken kam, hier von einer Klageconsumtion zu sprechen, ein Beweis, wie wenig harmlos die Nomenklatur „Gericht“ und „Klage“ ist, zumal wenn, wie in derlei Angelegenheiten, das „streitige“ Verfaren vor den sogenannten Verwaltungsgerichten eintritt. Es ist höchst bezeichnend, dass sich Stengel (Die Organisation S. 524) über die Tatsache, dass hier verwaltungsgerichtliche Entscheidungen keine materielle Rechtskraft erreichen, damit hinweghilft, dass er einfach erklärt, derlei Sachen seien, wiewol sie im Verwaltungsstreitverfaren verhandelt werden, „in Wirklichkeit“ keine „Verwaltungsrechtsstreitigkeiten“, sondern „Beschlusssachen“. Also in veränderter Form ein alter Gedanke: nur heisst es hier nicht, die „Verwaltung“ war da und dort „Richter“, sondern umgekehrt, der Richter judizirte hier als „Verwaltung“. Es kommt aber in solchen Fällen nicht darauf an, ob eine Sache „in Wahrheit“ eine „Beschlusssache“ ist (denn wo läge ein Kriterium dieses Begriffs, das ausserhalb der positiven Competenznorm zu finden wäre?), sondern es ist der Umfang der Rechtskraft aus dem Inhalt der Entscheidung und ihren Motiven zu beurteilen. Die Begründung des zweiten der oben zitirten Erkenntnisse geht daher meines Erachtens zu weit. Würde z. B. ein Gesuch um eine Concession deshalb abgewiesen, weil dem Bittsteller eines der gesetzlichen Erfordernisse mangele, z. B. Unbescholtenheit, oder weil eine Betriebsanlage schädlichen Rauch entwickle u. dgl., so ist gewiss in diesem Punkte res judicata vorhanden. Es kommt hier eben, wie schon wiederholt erwähnt, darauf an, ob Parteien aus der Entscheidung Rechte erwarben, und diess richtet sich wieder darnach, ob die Behörde blos faktischen, oder ob sie rechtlichen Interessen gegenüberstand (siehe § 14). Wo letzteres nicht der Fall ist, darf die Verwaltung hinsichtlich der Richtung, nach welcher die öffentlichen Interessen liegen, ihre Ansicht ändern; es muss daher auch zulässig sein, die Möglichkeit dieser Änderung zu provoziren. Für's österreichische Recht kann

der politischen Behörde erfolgte.[33]) Hinsichtlich der Verfügungen seien als Beispiele angeführt V. G. H. 2367: die rechtskräftige Feststellung der Conkurrenz zu einem Friedhofbau macht die auf Grund derselben erfolgende Kosteneintreibung unanfechtbar; V. G. H. 2303: die Entscheidung eines Landesausschusses, womit Jemandem die Zalung eines Maut- (Strassenconservirungs-)Pauschales auferlegt wird[34]), macht res judicata für die folgenden Jahre; V. G. H. 1447: die Entscheidung der Landesschulbehörde, dass Jemand zur Zalung von Ortsschulfondsbeiträgen verpflichtet sei, schafft res judicata für die folgenden Hebungsperioden; E. d. Ackb. M. v. 18. Okt. 1878 (Peyrer, W. R. S. 372): die Entscheidung, womit die Beitragspflicht und ihre Höhe anlässlich der Neuanlage von Uferschutzbauten ausgesprochen wurde, ist bindend, wenn es sich später um die Kosten der Erhaltung dieser Bauten handelt; E. des bad. V. G. H. von 1872 u. 1873 (Bad. Ztschr., 1872 No. 4 u. 1873 No. 6): ist die Pflicht zur Brücken- oder Strassenerhaltung im Entscheidungswege festgestellt, so gilt dieselbe als res judicata bei späteren Baufällen; No. 9 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H. und die E. dess. v. 3. Dezbr. 1877 (Samitsch' Ztschr., I, S. 617): ist die Pflicht zur Zalung der Einkommensteuer im Entscheidungswege festgestellt, so ist die Aufforderung zur Einbringung der Fassion unanfechtbar; E. des pr. O. V. G. vom 28. März 1883 (Samml. IX, S. 174) und V. G. H. 2082: die Entscheidung über die Öffentlichkeit eines Weges bewirkt Unanfechtbarkeit der bezüglichen sich daraus ergebenden Verfügungen; E. des bad. V. G. H. v. 12. Okt. 1880 (Bad. Ztschr., 1880, S. 225): die im Entscheidungswege erfolgte Feststellung, dass Jemand von Communalsteuern befreit sei, wirkt für künftige Hebungsperioden[35]); V. G. H. 987, 963, 2546: ist eine gewerbliche Betriebsanlage rechtskräftig consentirt, so darf die Betriebseinstellung nicht aus Motiven verfügt werden, welche bei der Consenserteilung bereits gewürdiget wurden[36]); V. G. H. 1655: die rechtskräftig im Entscheidungswege erfolgte Abweisung des Ansuchens um Consentirung

---

diese Frage nur in jenen seltenen Fällen aktuell werden, wo rechtserzeugende Akte im Wege der Rechtsprechung erteilt werden, wie diess z. B. hinsichtlich der gewerblichen Betriebsanlagen der Fall ist.

[33]) E. d. M. d. I. v. 28. Dezbr. 1872; Z. f. V. 1873, S. 71, v. 27. März 1870; Z. f. V. 1870, S. 90; V. G. H. 580.

[34]) Eine derartige Entscheidung ist ein Akt der Rechtsprechung; vgl. V. G. H. 588.

[35]) Anderer Ansicht ist in diesem Punkte das preussische O. V. G. Vgl. Samml. I, S. 90, 102; III, S. 82, 158; IV, S. 66, 105, 209; V, S. 350; siehe auch Samml. der Entsch. des bayr. V. G. H. II, S. 282; IV, S. 5, 84.

[36]) Vgl. auch V. G. H. 367.

einer gewerblichen Betriebsanlage schafft res judicata für jedes fernere Ansuchen um Genehmigung einer identischen Betriebsanlage.

Im entgegengesetzten Sinne erflossen aber folgende Judikate: V. G. H. 1321 und 1322: eine Entscheidung, womit die Pflicht zur Reconstruktion eines Wasserwehres ausgesprochen wurde, hat bindende Kraft blos für den conkreten Fall, nicht für später notwendig werdende Reconstruktionsarbeiten; V. G. H. 1256: eine Entscheidung, womit dem Schulpatron die Beschaffung des Lokales für eine neue Schulklasse auferlegt wurde, macht nicht res judicata hinsichtlich später erforderlich werdender Patronatsleistungen[37]; V. G. H. 2077: die Entscheidung, womit die Einrichtung einer neuen Schule beschlossen wird, ist cassirbar, wenn die Entscheidung, womit die Auflassung der bisher für den Ort bestandenen Schule verfügt wurde, gesetzwidrig ist.[38][39]

---

[37]) Die Motive dieses Erkenntnisses sind nach mehr als einer Richtung kaum zu billigen. Denn erstens hat der Ausspruch einer Verwaltungsbehörde, dass in der Sache res judicata nicht vorliege, auch wenn dieser Ausspruch unangefochten bleibt, gewiss nicht die Kraft, die Rechtswirkungen der Entscheidung zu beheben; zweitens lässt sich gegen die materielle Rechtskraft einer Entscheidung doch sicherlich nicht der Umstand einwenden, dass dieselbe in erster Instanz unangefochten blieb (vgl. Note 20); drittens endlich legte der V. G. H. (Samml. VI, S. 20) der massgebenden Entscheidung vom 2. April 1877 einen Inhalt unter, welcher mit dem auf S. 15 gegebenen Excerpt direkt im Widerspruch steht.

[38]) Es ist in den Motiven des V. G. H. nicht klar ausgesprochen, ob diese letztere Entscheidung die Rechtskraft beschritten hatte. War dem so, so lässt sich wol die E. des V. G. H. wegen Verstosses gegen die res judicata nicht billigen. Ein weiteres Bedenken gegen das Erkenntnis liegt darin, dass der V. G. H. darin eine Frage, welche dem technischen Ermessen der Verwaltung anheimgegeben ist, nämlich die Frage, ob die Schulbedürfnisse zweckmässiger durch Errichtung einer neuen Schule oder durch Einschulung zu erreichen waren, selbst entschieden, somit in die Competenz der Schulverwaltung übergegriffen hat.

[39]) Von Interesse ist auch V. G. H. 1153. Was der V. G. H. hier gegen die res judicata bemerkt, trifft zwar sicherlich nicht zu, weil der der Rechtskraft fähige Schluss auch in den Entscheidungsgründen ausgesprochen sein kann (vgl. § 12), aber res judicata war allerdings hier nicht vorhanden, jedoch deshalb, weil die fragliche Entscheidung eine Polizeistrafsache betraf. Ob nun das Straferkenntnis die Feststellung der Schuld oder der Nichtschuld (wie hier) beinhaltet, keinesfalls können Prämissen eines solchen Erkenntnisses für das civile Verwaltungsrecht bindend sein, wenngleich dieselbe Behörde zur Judikatur über beide Angelegenheiten competent ist, denn die Rechtsprechung in Polizeistrafsachen folgt hier den Normen des gemeinen Strafrechtes und die Erkenntnisse auf diesem Gebiete verhalten sich zu jenen in (civilen) Verwaltungssachen gerade so, wie die Urteile des

Genau dieselben Grundsätze wie hinsichtlich der Verfügungen, gelten für die Rechtskraft der Provisorialerkenntnisse. Sind die Formen der Rechtsprechung überhaupt darin erkennbar, so ist nicht abzusehen, warum einem derartigen Erkenntnis materielle Rechtskraft abgesprochen werden sollte. Nur ist Gegenstand der letzteren eben nur jener Schluss, welcher für das Provisorium massgebend ist, also Feststellung des Besitzes, der unangefochtenen Übung, des Herkommens, einer Bescheinigung.[40]) V. G. H. 747 erklärt in diesem Sinne ein Abgehen von dem in einer Provisorialentscheidung festgestellten Besitzverhältnis für unzulässig.[41])

Auch bei Sistirungserkenntnissen wird die Frage der res judicata häufig aufgeworfen. Im Sinne der oben in § 7 hinsichtlich des rechtlichen Charakters dieser Erkenntnisse niedergelegten Ausführungen wird man derlei Dekreten materielle Rechtskraft nicht zuschreiben dürfen und zwar weder jenen, welche eine Sistirung aussprechen, noch auch jenen, welche sie ablehnen. V. G. H. 1114 findet daher mit Recht, dass die anlässlich der Sistirung eines Gemeindebeschlusses ausgesprochene Ansicht über den Zeitpunkt der gesetzlich zulässigen Bemessung und Einhebung einer städtischen Bierauflage für spätere Fälle nicht bindend ist. Dagegen scheint bei V. G. H. 923 eine andere Ansicht vorgewaltet zu haben, denn dort wird res judicata nur darum abgelehnt, weil die Sistirung nicht aus jenem Rechtsgrund erfolgte, welchen der Beschwerdeführer für sich geltend machte. Ganz präzise spricht dagegen neuerdings V. G. H. 2371 den Satz aus, dass die Ablehnung der Sistirung eines Gemeindebeschlusses durch die politische Behörde nicht res judicata schaffe, weil „derlei Verfügungen keine Entscheidung in der Sache sind“. (Vgl. auch Exel 59, 60).

Hiemit glauben wir das Verhältnis der materiellen Rechtskraft verwaltungsbehördlicher Entscheidungen zu den anderweitigen Rechtswirkungen der übrigen Verwaltungsakte genügend ins Klare gestellt zu haben.

Was noch erübrigen würde, ist die Besprechung der materiellen

---

Gerichtes als Strafsenat zu dem des Gerichtes als Civilsenat. Hatte daher vorliegenden Falls die politische Behörde darum von der Anklage wegen unbefugten Jagens freigesprochen, weil der Gemeinde am fraglichen Orte das Jagdrecht zustand, ihr Jäger daher dort jagen durfte, so ist damit hinsichtlich der Zugehörigkeit dieses Ortes zur Gemeindejagd nicht entschiedene Sache vorhanden.

[40]) Beispiel dieser Art V. G. H. 1991; vgl. ferner Exel 194.

[41]) Über die Tragweite von Provisorialerkenntnissen vgl. den juristisch sehr interessanten Fall bei No. 179 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.

Rechtskraft der Verwaltungs-Straferkenntnisse und der verwaltungsgerichtlichen Urteile.

Was die ersteren betrifft, so liegt es nicht im Plane dieser Schrift, des Näheren auf die materielle Rechtskraft in Strafsachen einzugehen, weil die bezüglichen Rechtssätze mit denjenigen identisch sind, welche im Strafrecht überhaupt gelten.

Was hingegen die verwaltungsgerichtlichen Urteile betrifft, so sind einige Worte darüber allerdings am Platze. In der hier massgebenden Beziehung unterscheiden sich dieselben nur dadurch von den Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, dass ihr Charakter als Rechtsprechung prägnanter zum Ausdruck gelangt, dass daher Zweifel über die Beschaffenheit eines solchen Erkenntnisses nicht entstehen können.

Zu besprechen sind somit blos die Judikate der Verwaltungsgerichtshöfe, welche ausschliesslich über die von der Verwaltung begangenen Rechtsverletzungen zu judiziren haben.

Der massgebende Schluss ihrer Erkenntnisse geht dahin, die Convergenz oder Divergenz eines Verwaltungsaktes mit dem geltenden Recht zu constatiren. Wenn nun auch weder das Gesetz über das Reichsgericht noch jenes über den Verwaltungsgerichtshof der materiellen Rechtskraft Erwähnung tun[42]), so ergibt es sich doch aus unserer bisherigen Darstellung von selbst, dass den Urteilen beider Tribunale materielle Rechtskraft zukommen müsse, weil ohne diese Eigenschaft, welche ja den Zweck der Rechtsprechung verwirklicht, diese selbst ein Widersinn wäre.

Daraus folgt zunächst, dass die Urteile des Reichsgerichtes, welches nicht cassiren darf[43]), für die Verwaltungsbehörden bindend sind, wie die des Verwaltungsgerichtshofes.[44]) Dass die Weisen des Jahres 1869 die Absicht hatten, wie aus den Materialien zu dem Gesetze hervorgeht, den Sentenzen des Reichsgerichtes blos eine „moralische Bedeutung" zu gewähren, kann dabei füglich ausser Betracht bleiben; ein Urteilsspruch mit blos „moralischer" Bedeutung, ohne materielle Rechtskraft, ist eben etwas ebenso Unfassliches, wie eine Handlung ohne Motiv oder eine Folge ohne Grund. Wenn nun die

---

[42]) Über § 43 des Ges. v. 22. Okt. 1875 siehe unten § 17.

[43]) Es ist hier selbstverständlich nur von den Fällen des Art. 3 b des St. G. G. über das R. G. die Rede; in jenen der alinea a ist das Reichsgericht ein Verwaltungs-Causalgericht mit endgiltiger Entscheidungsgewalt, für dessen Urteile nichts Anderes gilt, als was für die Rechtsprechung in Verwaltungssachen überhaupt massgebend ist.

[44]) Vgl. Geller in der Gerichtshalle 1881, Nr. 37.

Verwaltungsbehörden unter Missachtung der durch ein reichsgerichtliches Urteil geschaffenen res judicata und unter Benützung des Umstandes, dass das Reichsgericht nicht formell cassiren kann, dem in der Entscheidung niedergelegten Schluss zuwiderhandeln und den als gesetzwidrig erklärten Akt zu Recht bestehen lassen, so lässt sich ein solcher Vorgang, der wol schon vorgekommen sein soll, freilich nur schwer[45]) saniren; er hindert aber die materielle Rechtskraft des reichsgerichtlichen Erkenntnisses ebensowenig, wie der Umstand, dass ein Schuldner zalungsunfähig ist, die Rechtskraft des Erkenntnisses aufhebt, das ihn zur Zalung verurteilte.

Was nun die Urteile des Verwaltungsgerichtshofes betrifft, so hat es auf den ersten Blick den Anschein, als wäre eine Norm über die materielle Rechtskraft derselben darum entbehrlich, weil in § 7 des Gesetzes vom 22. Oktober 1875 ausgesprochen ist, dass die Behörden „verpflichtet sind, in der Sache die weiteren Verfügungen zu treffen, „wobei sie an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes „gebunden sind“. Dass das Gesetz diess blos für den Fall vorschreibt als cassirt wurde, ist erklärlich, weil ja sonst der angefochtene Akt in Kraft bleibt.

Allein, sieht man näher zu, so findet man, dass zwischen den Begriffen „bindende Rechtsanschauung“ und „bindende Entscheidung“ eine erhebliche Differenz besteht.

Die „Rechtsanschauung“ ist der Complex der rechtlichen Prämissen der „Entscheidung“; diese letztere dagegen enthält den Schluss, dass ein conkreter Tatbestand die Anwendung jener Prämissen bedinge. Dass hier der Ausdruck „Rechtsanschauung“ gewählt ist, lässt sich sehr wol erklären. Denn der Verwaltungsgerichtshof ist an den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung gebunden (§ 6 l. c.). Gegenstand der eigenen geistigen Tätigkeit desselben ist daher nicht die Fixirung des Tatbestandes; der angegriffenen Behörde gegenüber ist seine Aufgabe blos darin gelegen, auf den von dieser festgestellten Tatbestand die Rechtsnormen anzuwenden; den Parteien gegenüber entsteht die res judicata durch die geistige Tätigkeit beider zusammengenommen. Demgemäss konnte auch dort, wo das weitere Verhalten der Behörde regulirt wurde, nur die rechtliche Prämisse, die der Verwaltungsgerichtshof zu formuliren hat, als bindend erklärt werden.

[45]) Diess liesse sich vielleicht in der Weise verwirklichen, dass durch ein geeignetes Parteibegehren ein Verwaltungsakt provozirt und gegen dessen Ablehnung Beschwerde an den V. G. H. ergriffen wird. Man könnte für die Competenz des letzteren anführen, dass das aus der res judicata entstehende Rechtsverhältnis kein „politisches“ Recht erzeuge.

Und nur um diese Regulirung des weiteren Verhaltens der Behörde „in der Sache“ handelt es sich in § 7. Unter „Sache“ kann blos der tatsächliche Anlass verstanden werden, welcher den conkreten Anlass des behördlichen Einschreitens bot, nicht etwa die „res“ in dem Sinne, welchen das Wort in dem Satze: „res judicata jus facit inter partes“ hat. Die „Rechtsanschauung“ bindet also blos in der eben vorliegenden Sache; die materielle Rechtskraft dagegen kommt gerade erst dann in Frage, wenn eine andere „Sache“, das heisst ein anderer tatsächlicher Anlass behördlicher Aktion vorliegt.[46]) Und wenn diess der Fall ist, dann ist nicht mehr die „Rechtsanschauung“, sondern der Schluss über das conkrete Rechtsverhältnis bindend. Dass zwischen beiden Dingen ein Unterschied ist, zeigt sich darin, dass es eine Reihe rechtlicher Prämissen geben kann, welche unter die „Rechtsanschauung“ fallen, aber Nichts mit dem „Rechtsverhältnis“ zu schaffen haben, so die Interpretation einer Rechtsnorm, die Untersuchung der bindenden Kraft der Gesetzesmaterialien (vgl. V. G. H. 287), die Frage, ob eine Rechtsnorm nachweisbar sei (was beim Gewohnheitsrecht oft zur Sprache kommt), die Frage, ob dieselbe nicht mit anderen grössere Kraft besitzenden Rechtsnormen im Widerspruch stehe, ob die zu ihrer allgemeinen Verbindlichkeit erforderlichen Publikationsformen beobachtet wurden, ob sie nicht durch nachgefolgte Rechtsnormen derogirt sei (was wieder bei der Anwendung von Verordnungen relevant werden kann) etc. Die Ansichten über diese Punkte sind bindend, so lange dieselbe „Sache“ vorliegt, die in Folge der Cassation noch nicht endgiltig ausgetragen ist; es müssen eben vom Verwaltungsgerichtshof die rechtlichen Prämissen der Entscheidung geschaffen werden. Ist aber nach der Cassation die Entscheidung gefällt,

---

[46]) Neue „Sachen“ im Sinne des Gesetzes sind auch alle einzelnen Anwendungsfälle der dauernde Rechtsverhältnisse bildenden Normen, nämlich alle Fälle, für welche das entschiedene Rechtsverhältnis präjudiziell wird. Es liegen verschiedene „Sachen“ vor, wenn es sich um verschiedene Einzelleistungen in Steuer- oder Communalnutzungsangelegenheiten, oder hinsichtlich der kirchlichen Baulast, des Schulpatronates, der Wege-, Brücken-, Wasserwehrerhaltung oder um verschiedene Walakte handelt. Die Norm des § 7 beabsichtigt, jede solche einzelne „Sache“ in einer bestimmten Art finalisiren zu lassen; welchen Einfluss die Entscheidung auf andere „Sachen“ übt, konnte und wollte § 7 nicht festsetzen, weil eine derlei Norm über die materielle Rechtskraft nicht in ein Spezialgesetz über den V. G. H. gepasst hätte. Dieser Gegenstand kann nur einheitlich für das ganze Verwaltungsrecht geregelt werden; die einseitige Normirung desselben im Hinblicke auf die verwaltungsgerichtlichen Urteile, wie diess in den deutschen Gesetzen geschah, muss notwendig Lücken zur Folge haben.

so liegt nur mehr das Schlussresultat jener Prämissen vor, indem durch die Entscheidung conkrete Gebote und Verbote entstehen, deren Entstehungsart für die Rechtswirkungen des Judikats ohne Einfluss ist.

Zur Klarstellung des Sachverhalts und zugleich als Beweis der praktischen Wichtigkeit dieser Unterscheidung sei die Anführung zweier Fälle aus der Praxis gestattet. Der eine derselben[47]) spielte sich vor dem bayrischen Verwaltungsgerichtshofe ab. Dieses Tribunal hatte über Beschwerde wegen Abweisung eines Ansuchens um Verleihung einer Gastwirtschaft zu Recht erkannt, die angerufene Rechtsnorm (das Ortsstatut der Stadt Augsburg) dürfe vorliegenden Falls Mangels rückwirkender Kraft nicht angewendet werden und hatte daher die Abweisung cassirt. Bei der sohin neuerlich ergehenden Entscheidung der unteren Instanz hatte diese letztere gleichwol das fragliche Ortsstatut abermals als massgebend erklärt und das Gesuch deshalb neuerdings abgewiesen. Der bayrische Verwaltungsgerichtshof cassirte diese Abweisung nochmals und zwar mit der Motivirung, es liege hinsichtlich der Anwendbarkeit des fraglichen Ortsstatuts res judicata vor.

Nun enthält das bayrische Gesetz eine Norm wie jene des § 7 des österreichischen Gesetzes nicht; es war offenbar verfehlt, hier von res judicata zu sprechen, weil die Sentenz, welche die Nichtanwendbarkeit einer Rechtsnorm auf einen conkreten Fall ausspricht, kein Rechtsverhältnis feststellt, sondern nur eine rechtliche Prämisse der Entscheidung fixirt[48]); formell war die Unterinstanz daher völlig im Rechte, weil eine Norm, welche die Rechtsanschauung des V. G. H. für bindend erklären würde, im bayrischen Gesetze fehlt.

Dagegen bietet umgekehrt V. G. H. 2140 einen drastischen Beleg dafür, wie bei Verfolg der vom Verwaltungsgerichtshof ausgesprochenen Rechtsanschauung in concreto ein ganz anderes Rechtsverhältnis festgestellt werden kann, als jenes, welches der Verwaltungsgerichtshof als gegeben erachtete. In No. 539 hatte der V. G. H. ausgesprochen, dass der Anspruch der Gemeinde Budapest auf Ersatz der für die Verpflegung eines Hilfsbedürftigen vom 27. April 1874 bis 26. Jännerr 1877 aufgelaufenen Kosten deshalb nicht zu Recht bestehe, weil die Commune mit der Eruirung der Zuständigkeit bis

---

[47]) Samml. I, S. 354, auch abgedruckt in Reger's Sammlung I, S. 5 und 441.

[48]) Ein Rechtsverhältnis muss allerdings in jeder Entscheidung festgestellt werden; vorliegenden Falls war der Gegenstand desselben lediglich die Nichtigkeit des angefochtenen Aktes. Die Prämissen dieses Schlusses sind nicht identisch mit der Entscheidung selbst.

zum 17. März 1877 gesäumt habe. Als in Folge des cassirenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes die Behörden die weiteren Verfügungen zu treffen sich anschickten, stellte es sich heraus, dass die Commune B. schon am 29. April 1875 die entsprechenden Schritte zur Eruirung der Zuständigkeit eingeleitet hatte, und in Folge dessen hatten die Verwaltungsbehörden den Ersatzanspruch von diesem Tage als rechtlich begründet erkannt und zwar gerade mit Berufung auf die „Rechtsanschauung" des V. G. H. Der V. G. H. hingegen fand, dass seine „Rechtsanschauung" hier dahin gegangen sei, dass der Commune B. der fragliche Ersatzanspruch nicht zustehe, cassirte daher das Erkenntnis des Ministeriums. Allein das Ministerium war nur insoferne im Unrechte, als es einen veränderten Tatbestand der neuen Entscheidung zu Grunde legte; der „Rechtsanschauung" des V. G. H. war es gewiss gerecht geworden. Der V. G. H. dagegen irrte, wenn er annam, sein Erkenntnis (2140) resultire aus seiner vormaligen Rechtsanschauung; diese hätte vielmehr zu der Entscheidung des Ministeriums geführt. Mit welchem Rechte konnte also der V. G. H. hier cassiren? Offenbar nur darum, weil er von der Ansicht ausging, seinem Erkenntnisse wohne materielle Rechtskraft inne.[49]) Und diess ist denn auch in der Tat der Fall: die Partei (Gemeinde M. Ostrau) hatte aus der materiellen Rechtskraft der Entscheidung des V. G. H. das Recht erworben, dass der Ersatzanspruch vom 27. April 1874 bis 26. Jänner 1877 als nicht zu Recht bestehend anerkannt bleibe. Obwol also in § 7 cit. l. die „Rechtsanschauung" des V. G. H. als bindend erklärt ist, wird die materielle Rechtskraft des Erkenntnisses unter Umständen zu Entscheidungen führen müssen, welche mit dieser Rechtsanschauung im Widerspruch stehen.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich auch der Satz, dass nicht nur die nach § 7 ergehenden Cassationsentscheidungen, sondern über-

---

[49]) Es ergibt sich diess daraus, dass der V. G. H. die Berücksichtigung des neuen Tatbestandes gemäss § 43 des cit. Gesetzes als unzulässig erklärte. Diese Ansicht ist aber nichts Anderes, als eine Consequenz der materiellen Rechtskraft; denn wo eine Wiederaufname nicht zulässig ist, bleibt die materielle Rechtskraft aufrecht. Beide schliessen einander aus. — In dem in Note 47 erwähnten Falle lag die Sache anders; eine meritale Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand eines Partei-Anspruches war dort nicht gefällt worden, es war nur die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm auf den Anspruch um Verleihung der Concession negirt worden. Von materieller Rechtskraft hinsichtlich des aufrechten Bestandes dieses Anspruches konnte daher dort nicht die Rede sein, durch die Cassation wurde derselbe noch nicht festgestellt; die Entscheidung des V. G. H. über den vorliegenden Fall traf jedoch das Meritum der Sache.

haupt jede Entscheidung des V. G. H. materielle Rechtskraft besitzen muss, während die „Rechtsanschauung“ nur im Falle der Cassation nach § 7 bindend ist. Hienach besitzen materielle Rechtskraft auch jene Erkenntnisse, welche die Beschwerde abweisen, dann die nach nach § 6 erfolgenden Cassationen, die a limine Abweisungen wegen sachlicher Unzuständigkeit (§ 3)[50]), Ablauf der Beschwerdefrist (§ 14), Abgangs der formellen Erfordernisse (§§ 18, 20), res judicata, Mangel der Aktivlegitimation (§ 21), sowie die Einstellung wegen Klaglosstellung (§ 44). Gegenstand der Rechtskraft ist aber, wie überall, so auch hier nur der Schluss, der in der Entscheidung ausgesprochen ist, also bei Erkenntnissen, die nicht in das Meritum der Sache eingingen, der Inhalt der Feststellung, dass Klaglosstellung vorliege, dass ein subjektives Recht nicht verletzt, dass ein Recht zur Beschwerde nicht vorhanden sei, dass eine Angelegenheit des sogenannten freien Ermessens, dass eine entschiedene Sache vorliege u. s. w. Es liegt auf der Hand, dass auch solche Erkenntnisse, die in das Meritum der Sache nicht eingehen, als Präjudizialpunkte anderer Rechtsansprüche und Rechtsfragen hinsichtlich ihrer materiellen Rechtskraft von erheblichstem praktischen Werte sein können.

---

[50]) Exel 14, 165.

## Die Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

### § 12.

Der Begriff der „Entscheidung" ist auf allen Rechtsgebieten einer und derselbe. Jede Entscheidung besteht aus einem Schlusse, und da jeder logische Schluss seine Prämissen haben muss, so wird die Frage nach der bindenden Kraft dieser Prämissen mit dem Momente entstehen, da die materielle Rechtskraft der Entscheidung selbst feststeht. Spricht man nun von „Rechtskraft der Entscheidungsgründe", so wirft man damit zwei ganz verschiedene Fragen auf. Die eine, deren äusserer Anlass in der Form der gerichtlichen Urteile zu suchen ist, geht dahin, ob auch jene richterlichen Schlüsse, welche nicht im Tenor des Urteils, sondern in den Motiven ausgesprochen sind, materielle Rechtskraft besitzen; die andere beschäftigt sich damit, ob diese Wirkung jenen logischen Schlüssen, welche die Prämissen des Meritalschlusses bilden, einzuräumen ist. Identischen Inhaltes wären diese Fragen nur dann, wenn der Meritalschluss immer im Tenor, die Präjudizialschlüsse stets in den Motiven niedergelegt würden. Aber diess ist nicht der Fall.

Den Verwaltungsbehörden ist zwar die Hinausgabe der Beweggründe bei „Entscheidungen" anbefolen[1]) und diese Vorschrift wird in der Praxis wenigstens bei wichtigeren und schwierigen Fällen auch eingehalten; aber die äusserliche Trennung des Tenors von den Motiven ist bei verwaltungsbehördlichen Entscheidungen weder vorgeschrieben noch üblich.

Es ist diess auch begreiflich, weil hier ein bestimmtes Klagebegehren nicht immer vorliegt, und auch wo es vorliegt, die Wünsche

---

[1]) § 92 der Instr. für die Bezirksämter vom 17. März 1855, No. 52.

der Parteien für den Umfang der Entscheidung nicht oder nicht ausschliesslich massgebend sind. Die erste jener beiden Fragen kann also verwaltungsbehördlichen Entscheidungen gegenüber gar nicht aufgeworfen werden. Anders im Privatrecht.

In der civilistischen Literatur herrscht bekanntlich ein Streit über die Bedeutung der Urteilsmotive, ein Streit, der wesentlich beeinflusst ist durch die Bedeutung, welche man dem klägerischen Anspruch einräumt. Der Tenor des gerichtlichen Urteils soll, weil ja die geschehene Rechtsverletzung die Bedingung der Klage ist, zum Ausdruck bringen, ob dieser Anspruch rechtlich begründet ist oder nicht. Urteilstenor und Klageanspruch müssen sich daher decken; alles, was nicht Zuerkennung oder Abweisung dieses letzteren ist, wird äusserlich vom Tenor gesondert, und unter der Rubrik „Motive" den Parteien bekannt gegeben. Diese äussere Form des gerichtlichen Urteils ist im Verwaltungsrecht lediglich für die Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte allgemein adoptirt worden.

Sie ist da allerdings am Platze, weil hier in der Regel — nach österreichischem Recht ausnamlos — ein bestimmtes, gegen die Verwaltung gerichtetes, einem Klageantrag ähnliches Parteibegehren vorliegt, über welches das Verwaltungsgericht ebensowenig wie das Civilgericht hinausgehen darf, dessen Zu- oder Aberkennung daher auch im Tenor des Erkenntnisses seinen Ausdruck zu finden hat. Deshalb ist jene civilistische Streitfrage auch für das Verwaltungsrecht von Bedeutung und Wichtigkeit.

Es handelt sich bei derselben eigentlich nur darum, ob Entscheidungen, die nicht im Tenor, sondern in den Motiven niedergeschrieben sind, derselben materiellen Rechtskraft fähig seien, wie der Tenor selbst.

In dieser Form gestellt, kann die Beantwortung der Frage wol nicht zweifelhaft sein; ja man kann sagen, es ist wunderlich, dass man überhaupt dazu kam, sie zu stellen. Denn ob der Richter jene Worte, aus welchen die Entscheidung des relevanten Rechtsverhältnisses entnommen werden muss, am Anfang oder am Ende des Urteils aussprach, in der Urteilsausfertigung oben oder unten schrieb, das muss doch, sollte man meinen, auf ihre Wirkung ohne Einfluss sein.

Da die richterliche Amtsgewalt keine andere ist, wenn der Anfang und wenn das Ende des Urteils geschrieben wird, so kann man sich in diesem Punkte dem treffenden Ausspruch Kloppels[2]) anschliessen, nach welchem diese Frage „keinem rechtlichen, sondern einem Kanzlei-

---

[2]) Die Einrede der Rechtskraft S. 39.

interesse, dass nämlich jedes Ding auch in sein gehöriges Fach komme", ihren Ursprung verdanke.[3]) Wol mag es der oberflächlichen Betrachtung scheinen, als ob im Tenor allein die staatliche Amtsgewalt zum Ausdruck komme, weil nur dort der richterliche Befel niedergelegt wurde. Allein der richterliche Befel ist nicht die Entscheidung; er basirt blos auf derselben; diese ist das eigentliche Urteil. Das sekundäre Element ist der Befel, „die richterliche Verfügung," die auch ganz fehlen kann. Dass der Tenor zunächst die richterliche Auflage enthält, rührt daher, weil der klägerische Anspruch vor Allem auf sie gerichtet ist.

Wollte man annemen, dass die Staatsgewalt blos im richterlichen Befel zum Ausdruck gelange, so würde damit überhaupt jede materiellrechtliche Wirksamkeit der Entscheidung negirt und ein Rechtsgebilde beseitigt werden, ohne welches ein entwickeltes Rechtssystem nicht denkbar ist. Nur im Präjudizialurteil deckt sich Tenor und Gegenstand der richterlichen Feststellung. Wenn aber z. B. das Urteil lautet: A ist schuldig 100 „als Darlehen", „Kaufschilling" u. s. w. zu bezalen, so ist sicherlich die Entscheidung nicht ausschliesslich im Urteilstenor zu suchen. Der Ausspruch, dass eine Schuld aus einem Darlehen, einem Kauf entstand, individualisirt das dem Anspruch zu Grunde liegende Rechtsverhältnis noch nicht. Zu diesem Behufe müssen alle conkreten Tatumstände so angeführt werden, dass dasselbe von Anderen genau unterschieden werden kann.

Es ist klar, dass diese Individualisirung bei der üblichen Urteils-

---

[3]) Dabei soll aber die Wichtigkeit der äusserlichen Abgrenzung von Tenor und Motiven nicht verkannt werden. Gerade im Verwaltungsrecht ist selbe von besonderer Bedeutung, weil uns da der sichere Zielpunkt richterlicher Feststellungsarbeit, das Klagebegehren nämlich, fehlt. Der eigentliche Wert des Tenors liegt meines Erachtens darin, dass er zweierlei enthält: 1) die richterliche Verfügung (wo sie überhaupt vorkommt), 2) die präzise technische Bezeichnung des derselben zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, „Darlehen", „Eigentum", „Besitz", „Vaterschaft", „Heimatsrecht" u. s. w. So gewiss es ist, dass in den meisten Fällen die Combination dieser beiden Momente eine für das Verkehrsleben ausreichende Individualisirung enthält, so ist doch nicht zu bezweifeln, dass es Fälle gibt, wo dieselben wegen Gleichartigkeit des Tatbestandes nicht ausreichen (es wurden z. B. zur selben Zeit mehrere ganz gleichlautende Darlehenscontrakte geschlossen oder Wechsel ausgestellt), so wie, dass es gar manche Rechtsverhältnisse gibt, für welche wir technische Schemata gar nicht besitzen. Diess trifft ganz besonders im Verwaltungsrecht zu, indem hier Ausdrücke mit spezifisch technischer Bedeutung verhältnismässig nicht so häufig sind, wie in dem wissenschaftlich viel intensiver entwickelten bürgerlichen Recht.

form nicht nur im Tenor, sondern auch in den Motiven geschieht.[4]) Treffend sagt daher schon Kierulff[5]): „Was man gewöhnlich Ent-„scheidungsgründe nennt, ist eben der wahre conkrete Inhalt des Ur-„teils und die Condemnation oder Absolution sind nur der Ausspruch „des aus ihm gefolgerten Resultates. Was entschieden ist, weiss „man wahrhaft nur, wenn man jene sogenannten ‚Gründe‘ kennt, „und die gewöhnlich sog. ‚Entscheidung‘ selbst gibt davon nur eine „oberflächliche, andeutende Kunde.“ [6]) Es ist auch genau genommen nicht ganz richtig, die Motive lediglich als Interpretationsmittel des Tenors zu bezeichnen [7]); mit demselben Recht könnte man im Tenor selbst ein Interpretationsmittel für den beabsichtigten Umfang der Feststellung erblicken, denn tatsächlich lässt sich nur aus dem Gesammtinhalt des Urteils die wahre Willensmeinung des Urteilenden entnehmen. Nicht anders liegt die Sache im Verwaltungsrecht. Wo hier eine äusser-

---

[4]) Alinea 3 des Art. 293 des Entwurfes zur deutschen Civilprocessordnung lautete ganz richtig: „Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht da-„von abhängig, dass die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urteils-„formel aufgenommen sei;“ dieser Satz wurde aber später gestrichen.

[5]) Theorie d. gem. Civ. R. I, S. 260.

[6]) Vergl. auch Wetzell, Civ. Pr. S. 594 (1878), und Unger, System II, S. 641: „Der deklarative Teil des Urteils ist zugleich Entscheidung und Entscheidungsgrund.“

[7]) Eine Auffassung, der man bei manchen Autoren (so z. B. bei Hinschius, R. Lex. I, S. 693) und in neueren deutschen Gesetzen begegnet. So sagt die würtemb. Processordnung von 1868, Art. 383: „Entscheidungs-„gründe sind der Rechtskraft nicht für sich fähig, sondern nur Mittel zur „Erläuterung des Sinnes und Umfanges, in welchem das Urteil nach der Ab-„sicht des Gerichtes ergangen ist,“ und die bayer. Process-Ordng. von 1869 in Art. 295: „nur die im Urteil enthaltene Entscheidung ist der Rechts-„kraft fähig; doch kann der übrige Inhalt des Urteils zur Bemessung des „Sinnes und Umfanges der Entscheidung benutzt werden.“ Auch der Entwurf zu Art. 293 der R. C. P. O. enthielt noch den Beisatz: „Entscheidungsgründe sind der Rechtskraft nicht fähig, unbeschadet ihrer Bedeutung für die Feststellung des Sinnes und Umfanges der Entscheidung.“ Diese Bestimmung in Verbindung mit der in Note 4 citirten weiteren alinea 3 desselb. Art. hätte die Frage allerdings in unzweideutiger Weise entschieden, während jetzt in Folge der Streichung dieser beiden Sätze der alte Streit wieder aufgewärmt wurde. Es wäre damit vor Allem die Zweideutigkeit des Ausdruckes „Entscheidungsgründe“, der schon in der alten preussischen Gerichtsordnung (I 13, § 38: „blosse Entscheidungsgründe sollen niemals die Kraft eines Urteils haben“) Objekt des Zweifels wurde, vermieden gewesen. Diese Stelle gab nämlich verschiedenen Auffassungen Raum, je nachdem man unter „Entscheidungsgründen“ den Ort, wo die Motive geschrieben standen oder die logischen Prämissen der Entscheidung verstand.

liche Trennung des Tenors von den Motiven vorkommt, nämlich bei den Erkenntnissen der Verwaltungsgerichte, kann man gleichfalls nur aus dem Gesammtinhalt des Erkenntnisses das konkrete Rechtsverhältnis, das darin festgestellt wurde, ersehen.

In diesem Sinne sagt die E. des pr. O. V. G. vom 9. Dezember 1876 (Samml. I, S. 87) mit Recht: „Die Art und Weise, wie der den „dispositiven Ausspruch des Richters über das streitige Rechtsverhält-„nis enthaltende Teil der Entscheidung in der Praxis gefasst und gegen „den deklaratorischen Teil abgegrenzt zu werden pflegt, gestattet nicht, „die exceptio rei judicatae ausschliesslich auf Grund des Tenors zu be-„urteilen und von den Gründen abzusehen.[8])

Das Eine steht also fest: Es kommt nicht darauf an, wo, sondern was entschieden wurde[8a]), und über Letzteres wird man nur aufgeklärt,

[8]) Wie diess im bürgerl. Rechte preussische Praxis war. Seine Beistimmung gibt diesem Erkenntnis Stengel: Die Organis. der preuss. Verwaltung S. 525: „Da ohne die durch die Gründe dem Tenor gegebene Aus-„legung häufig gar nicht festgestellt werden kann, was eigentlich ent-„schieden ist.“

[8a]) Dieser Satz ist auch dort massgebend, wo es sich um die Frage handelt, ob Behörden verschiedener Art in einer und derselben „Sache“ sich als competent erklärten. Wäre die Entscheidung des sog. Austrägal-Senates für Competenz-Conflikte zwischen R. G. und V. G. H. vom 9. Juni 1880 (Hye, Samml. V, S. 1037) richtig, so gäbe es überhaupt keinen positiven Conflikt zwischen beiden Instanzen. Der Senat anerkannte, dass beide Tribunale mindestens in den Entscheidungsgründen über dieselben Beschwerdepunkte divergirend entschieden: „da jedoch nach den heut zu „Tag in Wissenschaft und Praxis schon fast allgemein anerkannten und „wol auch im Geiste der österreichischen Civilprocessordnungen (§ 248, „A. G. O. [? ?]) begründeten civilprocessualen Grundsätzen die Ent-„scheidungsgründe eines richterlichen Erkenntnisses keineswegs als ein „integrirender Bestandteil desselben anzusehen . . . sind, indem der Umfang „einer richterlichen Sentenz immer nur nach deren eigentlichen Inhalt oder „Enunziat, aber nicht nach den dafür geltend gemachten Gründen zu beur-„teilen ist, so konnte der Senat auch durch die blos in den Entscheidungs-„gründen vorkommenden entgegengesetzten Rechtsanschauungen . . . nicht „einen Competenz-Conflikt constatirt erkennen.“ Da nicht mitgeteilt wird, worin die fraglichen „Rechtsanschauungen“ bestehen, so lässt sich nicht prüfen, ob in der Tat blos eine Divergenz in den rechtlichen Prämissen oder in der Feststellung des Rechtsverhältnisses selbst vorlag. Deshalb aber, weil das einemal das Petit lautete: „.... Rechte seien verletzt worden“, das zweitemal: „.... eine Entscheidung sei als gesetzwidrig aufzuheben“, kann doch unmöglich eine verschiedene Sache vorliegen; denn diese Petita werden stets verschieden sein, da das R. G. nicht cassiren kann, der V. G. H. im Tenor blos cassiren darf. Ich dächte aber doch, dass die Gesetzwidrigkeit des angefochtenen Aktes die Sache ist, um die es sich beidemale drehte. — Worauf übrigens der Senat die als selbstverständlich

wenn alle Mittel benutzt werden, die zur Erforschung des wahren Willens der entscheidenden Behörde dienlich sind. In dieser Richtung sind aber nicht nur Tenor und Motive, sondern auch andere Aktenmaterialien, insbesondere die Anträge der Parteien[9]) von Bedeutung.

Damit gelangen wir zu der zweiten der oben aufgeworfenen Fragen. Dieselbe dreht sich um die bindende Wirkung jener Schlüsse, welche für den Meritalschluss als Prämissen gedient haben.

Hier frägt es sich: welcher Punkt war zunächst und eigentlich Gegenstand der Entscheidung? ferner: welche Punkte sind eine notwendige Voraussetzung dieser Entscheidung? Und sohin auf Grund der Antwort, die man sich je nach Beschaffenheit des gerade vorliegenden Falles geben muss: macht auch die Feststellung des das prinzipale Rechtsverhältnis bedingenden Rechtsverhältnisses res judicata oder nicht?

Die Prämissen einer Entscheidung sind zweierlei: ein conkreter Tatbestand und eine darauf angewendete Rechtsnorm. Der Schluss, dass die letztere auf den vorliegenden Tatbestand Anwendung finde, ist der Inhalt der Entscheidung.

Was nun die Tatbestandsprämisse betrifft, so ist deren bindende Wirkung in der civilistischen Literatur sehr bestritten.

Windscheid[10]) erklärt die Anname derselben zwar für „bedenklich", aber nichtsdestoweniger „schwer abzulehnen", während andere Schriftsteller wieder erklären: „ob eine Tatsache eingetreten sei oder „nicht, das lässt sich nicht entscheiden, sondern nur nach einer Schluss„folgerung annehmen oder verneinen." [11]) Nun ist freilich auch eine

---

hingestellte Analogie der citirten angeblich im österreichischen Recht geltenden Civilprocessnormen stützte, ist nicht abzusehen. Gerade diese Analogie ist zu bestreiten; nicht Identität des Petits fordert das Gesetz vom 18. April 1869 No. 44 (§ 12, al. 1) als Bedingung des Competenz-Conflikts, sondern „dieselbe Sache", d. i. (hier) dasselbe Rechtsverhältnis.

[9]) Das gilt vor Allem für mangelhaft oder gar nicht motivirte Entscheidungen, bei welchen sich häufig genug erst unter Zuhilfename der Parteienanträge, Referate u. s. w. die Tendenz der Behörde bestimmen lassen wird.

[10]) Pandekten § 130.

[11]) Förster, Th. u. Pr. des h. g. preuss. R. (1869) S. 261. Derselben Ansicht Kleinschrod, Über die prozessualische Consumtion S. 140, und Klöppel a. a. O. S. 93 ff. Die entgegengesetzte Anschauung bei Endemann, Prinzip der Rechtskraft (1860), der allerdings dazu durch seine Auffassung der materiellen Rechtskraft als Beweiswirkung verleitet wird. Endemann hat aber in diesem Punkte (wie ich glaube mit Recht) keine Beistimmung gefunden.

solche Schlussfolgerung ein „Urteil", dessen logische Struktur nicht von irgend einem anderen Schlusse unterschieden ist; aber es lässt sich nicht bestreiten, dass der Ausspruch, die Tatsache A oder B habe sich ereignet, nicht Inhalt einer „Entscheidung" sein kann, sondern nur der Ausspruch, dass ein Causalnexus zwischen Tatsache und Rechtsnorm vorliege, weil nur um der Constatirung dieses Causalnexus willen die Entscheidung überhaupt ergeht. Wenn im täglichen Leben ein Tatbestand so wichtig ist, oder sich so oft wiederholt, dass sich für jenen Causalnexus selbst ein eigenes Wort gebildet hat, wenn man mit ihm als mit einem fixen Begriff zu rechnen pflegt, dann wird die Richtigkeit dieses Satzes allerdings in die Augen fallen. Heimats- oder Staatsbürgerrecht, Patronat, Gewerbe, Beamter; Darlehen, Kauf, Tausch, Besitz, Eigentum; Diebstal, Mord, Raub, überhaupt alle im Rechtsleben gebrauchten technischen Ausdrücke sind nichts Anderes als die Bilder von Begriffen, deren gemeinsames Merkmal die Anwendbarkeit einer allgemein und häufig gebrauchten Rechtsnorm auf einen abstrahirten Tatbestand ist.

Wenn nun über das Heimatsrecht u. s. w. entschieden wurde, so liegt es auf der Hand, dass nicht die einzelnen Tatsachen, welche dafür massgebend sind, festgestellt werden wollten, sondern eben das Rechtsverhältnis. Diess trifft aber auch dann zu, wenn die Sprache einen besonderen Ausdruck für den Begriff: Causalnexus zwischen Tatbestand und Rechtsnorm nicht besitzt. Der logische Process ist hier wie dort ganz der gleiche.

Rein tatsächliche Feststellungen als Inhalt einer Entscheidung sind nicht möglich. Auch wo man von solchen spricht, ist es doch immer der Tatbestand, gedacht als Erzeuger von conkreten rechtlichen Folgen, der den Gegenstand der Entscheidung bildet. Ist für den verwandten Begriff des Causalnexus zwischen beiden ein eigener Ausdruck nicht vorhanden, so wird ein genau genommen nur dem tatsächlichen Ereignis oder Zustand zukommender Ausdruck auch zur Bezeichnung der rechtlichen Folgen desselben verwendet. Wurde beispielsweise erkannt, dass A der Vater des Kindes B ist, so ist damit nicht festgestellt, dass derselbe der physiologische Vater des Kindes B sei, sondern es wird nur ausgesprochen, dass gegen ihn und für ihn jene Imperative wirksam werden, welche das Gesetz dem Vater auferlegt und deren Gesammtheit mit dem gemeinsamen Ausdruck „Vaterschaft" bezeichnet wird; denn der juristische Vater ist oder kann wenigstens ein anderer sein, als der natürliche Vater.

Die Absicht des Richtenden geht daher nie auf Feststellung von Tatsachen; er bedient sich der tatsächlichen Prämissen blos um zu

constatiren, welche Rechtsgebote im conkreten Fall wirksam sind; um andere Dinge kümmert sich weder Partei noch Richter, sowie nur diese Rechtsgebote feststehen. Es hiesse daher meines Erachtens einer staatlichen Tätigkeit prinzipiell andere Wirkungen zuschreiben, als mit ihr beabsichtigt wurde, wollte man den tatsächlichen Urteilsprämissen bindende Kraft beilegen.

Diess gilt nicht nur für das Civilrecht; auch im Strafrecht stellt der Richter nicht, wie wol oft behauptet wird, Tatsachen fest; er spricht nicht aus, A habe in der Absicht den B zu tödten, gegen ihn auf eine solche Art gehandelt, dass daraus dessen Tod erfolgte; sondern er spricht nur aus, A sei schuldig des Mordes, d. h., dass jene Imperative Anwendung finden, die das Strafgesetz für diesen Fall festsetzt.[12])

Ganz so liegt die Sache im Verwaltungsrecht. Nur spielen hier die tatsächlichen Prämissen der administrativen Aktionen eine eigenartige und sehr wichtige Rolle, indem sie jenes Gebiet ausfüllen, welches man als das des diskretionären Ermessens zu bezeichnen pflegt.

Es sind hier in einer Unzal von Fällen für die Anwendung der Rechtsnormen tatsächliche Begriffe gesetzt, welche selbst erst wieder aus einfachen Tatsachen mit Hilfe technischer Kenntnisse erschlossen werden müssen. Diese Schlüsse haben ganz dieselbe Struktur, wie die Entscheidung und diese Ähnlichkeit hat dazu verleitet, die Sachverständigen als „judices facti" zu betrachten, deren Aussprüche eigentliche Entscheidungen mit materieller Rechtskraft bilden sollten. (Gönner.)

Allein diese Anname ist nicht zu rechtfertigen; immer bedarf es erst noch einer logischen Operation, um über das Rechtsverhältnis schlüssig zu werden, mag diese Operation noch so leicht und geläufig sein. Und gerade diese Operation ist erst die Entscheidung, weil erst mit ihr Sicherheit darüber gewonnen wird, ob und welche Rechtsnormen im conkreten Fall zur Anwendung kommen. Es ist ganz gleichgiltig, ob solche tatsächliche Begriffe von Hilfsorganen der Behörde oder von dieser selbst ausgesprochen werden. Im letzteren Falle hält die Rechtsordnung die Behörden selbst für befähigt, jene technischen Schlüsse zu ziehen; in der Sache selbst macht das keinen Unterschied.

Anerkennt man diess und gibt man zu, was wol nicht zu bestreiten ist, dass alle dem technischen Ermessen vorbehaltenen Begriffe nur einzelne Reihen aus den tatsächlichen Prämissen der Entscheidung bilden,

---

[12]) Ein Kind, welches einen Mord verübt, ist nicht „schuldig" dieses Verbrechens, ebensowenig der Henker, der den Verbrecher, oder der Soldat, der den feindlichen Kämpfer absichtlich tödtet.

so ergibt sich daraus von selbst, dass die Feststellung derselben für andere Anlässe ohne bindende Kraft ist.

Nun wurde gerade hieraus wiederholt die Unmöglichkeit einer res judicata im Verwaltungsrecht deducirt. Diese Ansicht beruht aber auf dem schon oben in § 4 bekämpftem Irrtum, dass die Entscheidung selbst im „freien“ Ermessen liege. Es wird nämlich dabei übersehen, dass jede Entscheidung erst mit der Anwendung einer Rechtsnorm auf jene im diskretionären Ermessen liegenden Prämissen entsteht. Es ist nicht Gegenstand der Entscheidung, dass eine gewünschte gewerbliche Betriebsanlage den öffentlichen Interessen widerstreite, dass das Eigentum an einer Realität mit den öffentlichen Interessen unvereinbar sei u. s. w., sondern Gegenstand der Entscheidung ist, dass deshalb, weil dem so ist, jene Rechtsnorm Anwendung findet, welche der Behörde die Versagung des Consenses, die Expropriation der Realität anbefiehlt. Der Ausspruch darüber, dass diese Rechtsnormen Anwendung finden, und nur dieser erwächst in Rechtskraft.

Aber auch die rechtlichen Prämissen der Entscheidung haben an der materiellen Rechtskraft keinen Teil. Die Erwägungen der Behörde hinsichtlich des Sinnes einer Rechtsnorm, hinsichtlich ihrer Giltigkeit, verbindlichen Kraft u. s. w., mit einem Wort die Rechtsanschauung, von der sich die Behörde leiten liess, ist für andere Fälle ohne bindende Wirkung. Denn sie ist nicht die Entscheidung selbst, sie bereitet sie nur vor.

Aus den hier aufgestellten Sätzen ergibt sich von selbst die Beantwortung einer auf civilrechtlichem Gebiete viel besprochenen Streitfrage, nämlich ob die in den Motiven einer Entscheidung erfolgende Feststellung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses hinsichtlich des letzteren res judicata bewirke.

Die civilistische Jurisprudenz folgt hier im Wesentlichen zwei Hauptrichtungen, deren eine die Feststellungsabsicht des Richters (Savigny), deren andere dagegen den klägerischen Anspruch als massgebend ansieht (Wetzell, Unger). Die R. C. P. O. schlug einen Mittelweg ein, indem in § 253 normirt wurde, dass die Feststellung von Präjudizialpunkten nur dann materielle Rechtskraft besitze, wenn ein diessbezüglicher Incidentfeststellungsantrag einer Partei vorliegt, dass jedoch ein solcher Antrag auch nach Einbringung der Klage bis zum Schlusse der Verhandlung zulässig ist und dass nicht nur der Kläger, sondern auch der Geklagte (dieser durch Erhebung der Widerklage) denselben stellen kann. Mit Recht wurde hier der Wetzell-Unger'schen Ansicht gefolgt; denn ein Parteiantrag ist im Civilprocess erforderlich, um hinsichtlich eines Rechtsverhältnisses durch die Entscheidung res judi-

cata zu erzielen. Jede Ansicht, welche darüber hinausgeht, lässt den Richter mehr entscheiden, als von den Parteien verlangt wurde, und eine derartige Macht dem Richter einzuräumen, widerspricht dem Prinzip des modernen[13]) Civilprocesses allerdings.

Im Verwaltungsrecht liegt die Sache jedoch wesentlich anders. Aus bereits wiederholt erörterten Gründen tritt hier der Parteiantrag gegenüber der Aktionspflicht der Behörde überhaupt zurück und diess Verhältnis äussert denn auch in vorliegender Frage seine Wirksamkeit. Nehmen wir beispielsweise an, dass in einem gegebenen Falle das Staatsbürgerrecht für das Heimatsrecht, dieses für die Armenversorgungspflicht präjudiziell ist. Handelt es sich nun um die Versorgung eines Hilfsbedürftigen, so ist diese letztere allerdings der nächste äussere Anlass dafür, dass die entscheidende Tätigkeit der Behörde entfaltet wird; Gegenstand der Entscheidung ist aber das präjudizielle Rechtsverhältnis, also das Heimatsrecht eventuell das Staatsbürgerrecht geradeso wie die Versorgungspflicht; genau genommen gibt es hier also insoferne nur Meritalpunkte, als die Feststellungsabsicht der Behörde sich auch auf die bedingenden Rechtsverhältnisse erstreckt. Ob diess in concreto der Fall ist, das beantwortet sich nach eben jenen Merkmalen, die überhaupt dafür massgebend sind, ob ein Rechtsverhältnis durch einen Akt der Rechtsprechung festgestellt werden wollte oder ob die Ansicht der Behörde hinsichtlich desselben nur ein latentes Motiv der behördlichen Aktion blieb. Präjudizialpunkte einfacher behördlicher Verfügungen oder anderer Verwaltungsakte haben daher schon darum keine bindende Wirkung, weil der bedingte Akt selbst kein Rechtspruch ist. Dagegen kann es allerdings unerlässlich werden, solche präjudizielle Fragen im Wege einer eigentlichen Entscheidung festzustellen, wenn ohne eine solche nach Beschaffenheit der einschlägigen Rechtsnorm die Verfügung nicht erlassen werden durfte. Der Verstoss gegen diesen Grundsatz enthält dann einen wesentlichen Mangel des Verfarens, somit Nichtigkeit des Aktes, was der Verwaltungsgerichtshof wiederholt, so in No. 1753, dann in No. 133 und 178 der nach § 6 gef. Erk. anerkannt hat.

Ist aber das bedingte Rechtsverhältnis durch einen Akt der Rechtsprechung entschieden worden, so ist es eben auch nach den konkreten Umständen des Falls zu beurteilen, ob und welche der bedingenden Rechtsverhältnisse entschieden und festgestellt, und

[13]) Es bleibe dahingestellt, ob die Stellung des Richters im römischen Recht nicht eine andere war; meines Erachtens entspricht die Savigny'sche Ansicht mehr der Eigenartigkeit des römischen Processes als die entgegengesetzte, welche unsere heutige Gesetzgebung mit Recht beherrscht.

welche derselben blos als unbezweifelte und darum der obrigkeitlichen Feststellung nicht bedürftige Prämissen dem meritalen Schlusse zu Grunde gelegt wurden.

Ist darüber aus dem Wortlaut der Entscheidung oder ihrer Motive nicht volle Klarheit zu gewinnen, so wird eine Interpretation derselben erforderlich sein, welche auf die aus den Umständen mit Sicherheit zu erschliessende Tendenz der Behörde, auf die rechtlichen Interessenten, welche dem Verfaren zugezogen wurden (vgl. unten § 14 S. 205) und endlich auf die Anträge der Parteien geeignete Rücksicht zu nehmen haben wird. Jedenfalls ist es aber ganz und gar gleichgiltig, ob die Entscheidung solcher Präjudizialpunkte in den Motiven der Entscheidung oder in dieser selbst erfolgt, auch dort, wo der Tenor von den Motiven äusserlich getrennt ist, wie bei den verwaltungsgerichtlichen Urteilen.

Was speziell diese letzteren betrifft, so ist es allerdings richtig, dass die Aktion der Verwaltungsgerichte von Parteianträgen abhängt. Darin liegt aber auch die ganze Ähnlichkeit mit der gerichtlichen Judikatur. Nur dass, nicht aber wie von den Verwaltungsgerichten entschieden wird, ist für die öffentlichen Interessen gleichgiltig. Prinzipiell ist daher im Verfaren vor den Verwaltungsgerichten die Verhandlungsmaxime ausgeschlossen. Auch für den Umfang der Feststellungen derselben kann hier nicht vorwiegend der klägerische Antrag massgebend sein, und alle Einwände, welche gegen die Savigny'sche Theorie aus dem für den Civilprocess geltenden entgegengesetzten Grundsatz mit Recht erhoben wurden, fallen hier bei Berücksichtigung dieses Momentes von selbst hinweg. Es beruht auf einer durchaus unzulässigen Identifizirung von Administrativ- und Civilprocess, welcher die Nomenklatur „Gericht", „Klage" u. dgl. wesentlich Vorschub geleistet hat, wenn auch hier, analog wie in § 253 R. C. P. O. Incidentfeststellungs-Anträge der Parteien zur Erzielung materieller Rechtskraft hinsichtlich der Präjudizialpunkte gefordert werden.[14]) Solche Anträge sind gewiss zulässig; die Verwaltungsgerichte wären aber nicht in der

---

[14]) Wie diess von Kohler in der bad. Ztschr., 1873, No. 23 geschieht. Dem im Texte aufgestellten Satz steht auch § 48 bad. Vollz. V. nicht entgegen. Denn wenn auch hienach die Verwaltungsgerichte „bei ihren Erkenntnissen nicht über den zur Entscheidung vor sie gebrachten Gegenstand . . . . hinausgehen dürfen", so ist doch keine Frage, dass durch die Provocirung der Sentenz über das bedingte auch das präjudizielle Rechtsverhältnis mit „zur Entscheidung" vor das Gericht gebracht wird. Wer den Zweck will muss auch die Mittel wollen. Diese Mittel sind aber, wie sich aus der Natur der Verwaltungssachen ergibt, hier wesentlich andere als im Civilrecht. Gerade für Baden ergibt sich die grundsätzlich

Lage, ihre Pflichten gegenüber der Gesammtheit zu erfüllen, wenn sie durch derlei Parteianträge hinsichtlich des Umfanges ihrer Feststellungen gebunden wären.

Ganz dieselben Prinzipien haben hinsichtlich der Erkenntnisse der Verwaltungs-Cassationshöfe, insbesondere auch der österreichischen Verwaltungs-Gerichtshöfe Geltung. Nur ist dabei zu beachten, dass der Umfang ihrer Feststellungen und somit auch der Umfang der materiellen Rechtskraft derselben manchmal mit jenem der angefochtenen Akte differirt. Aus den Entscheidungsgründen der Erkenntnisse dieser Verwaltungsgerichtshöfe kann zunächst zu entnehmen sein, dass deren Sentenz auf einer anderen Basis beruht, als der angefochtene Akt. Hiedurch kann es sich ergeben, dass das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes ganz andere Rechtsverhältnisse feststellt und daher nach anderen Richtungen materielle Rechtskraft erzeugt, als der angefochtene Akt bewirkt hätte, wäre die Beschwerde nicht ergriffen worden. Es kann z. B. die Verwaltungsbehörde eine Sache wegen Mangels der Aktivlegitimation, wegen Incompetenz, wegen res judicata abgewiesen haben, während der Verwaltungsgerichtshof diese Ansicht nicht teilt und gleich in den Entscheidungsgründen das meritale Rechtsverhältnis feststellt. Oder es kann der Verwaltungsgerichtshof zwar die Beschwerde abweisen, aber dabei von anderen Motiven geleitet sein, als die Verwaltungsbehörde (vgl. z. B. V. H. H. 1591). In solchen Fällen sind lediglich die Feststellungen des ersteren, nicht die letzteren mit materieller Rechtskraft begabt. Dasselbe kann nun eintreten, wenn beide Instanzen hinsichtlich der Frage divergirende Ansichten hatten, ob ein Rechtsverhältnis für den Meritalpunkt präjudiziell sei.[15]) Ist die Sache hinsichtlich jenes Rechtsverhältnisses spruchreif, so wird der Verwaltungsgerichtshof dasselbe in den Motiven mit Endgiltigkeit feststellen können, während die angefochtene Entscheidung diese Wirksamkeit nicht gehabt hätte.

---

verschiedene Stellung der Verwaltungsgerichte schon aus der, oft vom Doktrinarismus belächelten, aber völlig correkten Bestimmung, dass die Verwaltungsgerichte über Begehren des Vertreters der öffentlichen Interessen auch dann zu entscheiden haben, wenn der Beschwerdeführer von der Klage absteht, also ein „verletztes Recht“ nicht mehr vorliegt. Kohler's Ansicht ist mit dieser Norm geradezu unvereinbar.

[15]) Beispiel V. G. H. 992: das Ministerium legte seiner Entscheidung die Ansicht zu Grunde, dass die Eigenschaft einer Kirche als Filialkirche den Präjudizialpunkt einer bereits rechtskräftigen Entscheidung gebildet habe und dass daher res judicata vorliege. Der V. G. H. fand jedoch die Filialeigenschaft der Kirche für den Meritalpunkt (das Recht zur Wal der Kirchenkämmerer) nicht präjudiziell.

Wir können also den Satz aufstellen, dass die in den Motiven einer Entscheidung erfolgte Feststellung präjudizieller Rechtsverhältnisse ebenso materielle Rechtskraft besitzt, wie die Entscheidung des meritalen Rechtsverhältnisses.

Allein dieser Satz erleidet eine wichtige Einschränkung, deren Begründung wir späteren Ausführungen vorbehalten. Nur jene Feststellungen nämlich bewirken res judicata, welche die erkennende Behörde sachlich competent wäre, merital zu entscheiden. Dieser Satz kommt nicht nur dann zur Geltung, wenn Verwaltungsbehörden oder -Gerichte präjudizielle Privatrechtsverhältnisse incidenter entschieden haben, sondern auch dann, wenn zur Meritalentscheidung der Vorfrage zwar Verwaltungsbehörden berufen wären, aber solche anderer Gattung, in welchem Verhältnis beispielsweise autonome und staatliche Behörden zu einander stehen.

Seine wichtigste und häufigste Anwendung findet das eben Gesagte, wenn es sich um die Judikatswirkungen der Entscheidungen von solchen Behörden handelt, welche zu einem ganz speziellen Zwecke zusammentreten und mit Erfüllung desselben ihre behördliche Tätigkeit beschliessen, wie die Walcommissionen. Derlei Commissionen haben Recht zu sprechen, wenn es sich um die Zuerkennung oder Aberkennung eines bestrittenen aktiven oder passiven Walrechts, oder um die bestrittene Giltigkeit einer Wal handelt. Zur Feststellung aller über den momentanen Anlass der Entscheidung hinausgehenden Präjudizialfragen sind sie jedoch sachlich unzuständig. Wird also für die Entscheidung das Heimatsrecht, Staatsbürgerrecht, das aktive oder passive Walrecht u. dgl. präjudiziell, so liegt in diesen Punkten entschiedene Sache nicht vor.

Anders aber, wenn darüber ein Verwaltungsgerichtshof[16]) zu Recht

---

[16]) Ebenso wenn staatliche Verwaltungsbehörden als Rechtsmittelinstanzen fungiren, sofern nicht spezielle Normen eine Ausname festsetzen. Letzteres ist der Fall hinsichtlich der Entscheidungen der Bezirkshauptmannschaften über Beschwerden gegen die Erkenntnisse der Reklamationscommissionen bei Gemeindewalen, da dieselben laut gesetzlicher Bestimmung (§ 17 al. 4 der verschiedenen Gem.-Walordnungen, ed. Manz) nur „für die im Zuge befindliche Wal endgiltig sind". Eine E. d. M. d. I. v. 16. Juni 1872 (Z. f. V., 1872, S. 163) erklärt trotzdem einen Ministerialrekurs dagegen für zulässig, weil „die höhere Entscheidung für künftige Walen von Interesse und Bedeutung sei" (?). Sonderbare „Endgiltigkeit". Richtig E. d. M. d. I. v. 13. Nov. 1881 (Z. f. V., 1881, S. 198), in welcher der entgegengesetzte Satz ausgesprochen wird. Einsender macht dazu die interessante Bemerkung, dass sich bisher die Praxis an die entgegengesetzte Ansicht hielt und sich bei künftigen Walen an die Ministerialentscheidung gebunden erachtete. Rechtssicherheit wäre damit nicht gewonnen, weil sich jedenfalls das Ministerium an seine Entscheidung nicht gebunden hielte. — Es sind indess gleich-

erkannt hat und die Entscheidung über den Präjudizialpunkt zur Competenz desselben ressortirt.[17]) In diesem Fall kann meines Erachtens kein Zweifel herrschen, dass durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes auch hinsichtlich der Präjudizialpunkte, wenn bezüglich ihrer die Sache spruchreif war, entschiedene Sache bewirkt wird.[18])[19])

---

wol Fälle denkbar, in denen auch die Entscheidung der Bezirkshauptmannschaft trotz jener Norm materielle Rechtskraft besitzt, so wenn die Wal nicht wegen Mängeln in der Liste, sondern wegen anderer formaler Gebrechen cassirt wurde oder eine Ergänzungswal erforderlich ist (V. G. H. 1954).

[17]) R. G. 197 entscheidet z. B. incidenter anlässlich einer Walaffaire über das Heimatsrecht eines Clerikers. Da das R. G. zur Entscheidung über das Heimatsrecht, welches kein durch die Verfassung garantirtes politisches Recht ist, nicht competent wäre, so liegt hier über den gedachten Präjudizialpunkt res judicata nicht vor. Anders läge die Sache, wenn in einem solchen Falle der V. G. H. entschieden hätte.

[18]) Ebenso Ulbrich, St. R. S. 439. Sarwey (a. a. O. S. 484) drückt sich enorm vorsichtig aus, indem er sagt, die verwaltungsgerichtliche Entscheidung über das reklamirte Walrecht habe auch für künftige Walen „Bedeutung“.

[19]) Insbesondere was die Zu- oder Aberkennung des aktiven und passiven Walrechts betrifft, liegt meines Erachtens in dem im Texte aufgestellten Satz ein Postulat der modernen Rechtsentwickelung. Dagegen können wol nur Politiker sprechen, die jede Einrichtung, welche das „Machen“ der Walen erschwert, perhorresziren und gerade in der Perpetuirung der Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete einen wünschenswerten Zustand erblicken — mindestens solange die parlamentarische Majorität ihrer Partei gehört. Mir scheint das Eine sicher: sollen die Missbräuche, mit denen fast alle republikanisch oder constutitionell regierten Völker in Walangelegenheiten ihre Vergangenheit besudelt haben, eingedämmt werden, so ist der erste Schritt dazu eine verlässliche Rechtsprechung mit definitiver rechtsfestsetzender Wirkung. Eine Panacee gegen alle Missbräuche liegt darin freilich nicht; das öffentliche Rechtsbewusstsein wird jedoch zunächst dadurch so gehoben, dass gewisse schmachvolle Ausbeutungen momentaner Machtfülle auf diesem Wege unmöglich gemacht werden können. Ich verstehe daher nicht, wie z. B. selbst Gneist die Ablehnung der res judicata in Walangelegenheiten als etwas Selbstverständliches erklären kann. Es heisst denn doch den Begriff der Rechtsprechung verkennen, wenn man das höchste Ziel jeder Judikatur, Erzielung möglichster Rechtssicherheit, mit dem doktrinären Motive preisgibt, es handle sich hier nicht um Feststellung von Walrechten etc., sondern um Durchführung einer speziellen Wal. Freilich wird man bei consequenter Verfolgung dieses Gedankens dazu geführt, nicht blos divergirende Feststellungen desselben Rechtsverhältnisses, sondern auch solche analoger Rechtsverhältnisse (Walrecht des A, B, C, die sich in der gleichen rechtlichen Lage befinden) sanirbar zu machen. Der Weg dahin führt zur Anlegung von Spruchrepertorien und Judikatenbüchern nach Art derjenigen, welche unser trefflicher oberster Gerichtshof zum grossen Nutzen einer stabilen Rechtsprechung führt.

## Umfang der materiellen Rechtskraft in objektiver Beziehung. (Die durch die Entscheidung festgestellten Rechtsverhältnisse.)

### § 13.

Der Schluss, welcher den Inhalt der Entscheidung ausmacht, enthält ein Urteil, in welchem der Causalzusammenhang zwischen concretem Tatbestand und abstrakter Rechtsnorm ausgesprochen wird. Der Begriff „Anwendbarkeit einer abstrakten Rechtsnorm auf einen conkreten Tatbestand" ist das Rechtsverhältnis, und darum sagten wir, dass die Entscheidung die Feststellung eines conkreten Rechtsverhältnisses enthalte.

Ist es der Zweck des Instituts der materiellen Rechtskraft, die neuerliche behördliche Feststellung einer bereits entschiedenen Sache zu vermeiden und Handlungen zu verhindern, deren Motive mit der Entscheidung im Widerspruch stehen, so ergibt sich hieraus unmittelbar, dass es eine notwendige Voraussetzung der bindenden Wirkung des Judikats sein muss, dass nochmals dasselbe Rechtsverhältnis zur Entscheidung gelangt.

Die materielle Rechtskraft wird also nicht etwa dadurch illusorisch, dass nachher ein neuer tatsächlicher Anlass des behördlichen Einschreitens vorliegt. Es kann in diesem Sinne ein neuer „Fall", eine andere „Sache" und doch das gleiche Rechtsverhältnis vorliegen. Ja, ein neuer „Fall" hindert (insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen) die Wirksamkeit der materiellen Rechtskraft überhaupt nicht. Denn eben der neue Fall soll ja dann Objekt der die materielle Rechtskraft bildenden Rechtsnormen werden; der bereits abgetane „Fall" kommt nicht mehr wieder. Es ist diess eigentlich so selbstverständlich, dass man den Leser um Entschuldigung bitten muss, wenn man darüber spricht. Es geschieht nur darum, weil der österreichische Verwaltungsgerichtshof in einer Reihe von Judikaten die Behauptung aufgestellt hat, res judicata liege nicht

vor, wenn ein „neuer" oder „anderer Fall" vorhanden sei.[1]) Eine derartige Ansicht wäre ungefähr gleichbedeutend mit dem Satze, das civilgerichtliche Urteil besitze keine materielle Rechtskraft, wenn und weil eine neue Klage vorliege. Denn was im Civilrecht die Klage, ist hier jeder tatsächliche Anlass, der die Behörden zur Fällung einer Entscheidung berechtigt und verpflichtet, mag derselbe durch ein Parteibegehren oder durch ein Ereignis in der leblosen Natur hervorgerufen worden sein.

Nicht Identität der „Sache" oder des „Falles", sondern Identität des Rechtsverhältnisses ist also die Bedingung jener Rechtslage, in welcher die Frage der res judicata aktuell wird.[2]) Diess ist

---

[1]) Der V. G. H. berief sich wiederholt auf § 12 des allg. bürgl. G. B. In dieser Gesetzesstelle wird jedoch nicht von der materiellen Rechtskraft gehandelt, sondern es soll dort nur ausgesprochen werden, dass Judikate kein Gesetzesrecht sind (Pfaff-Hofmann, Comm. I, S. 278); es wird also nur die bindende Kraft der rechtlichen Prämisse des Urteils negirt. Wollte man dem Ausdruck „Fall" die vom V. G. H. beliebte Bedeutung unterschieben, so gäbe es materielle Rechtskraft überhaupt nicht. Für das privatrechtliche Gebiet ist diess Wort allerdings aus den im Texte angegebenen Gründen unbedenklich. Man findet denn auch, dass die Gründe für die Ablehnung der res judicata in jenen Fällen allemal anderwärts lagen, bald darin, dass Drittbeteiligte nicht geladen worden waren, oder dass nur eine Verfügung, nicht aber eine Entscheidung vorlag, oder dass die so vielbestrittene Rechtskraft der Präjudizialpunkte negirt wurde u. s. w.

Genau dasselbe Missverständnis findet sich bei Interpretation des § 7 des Gesetzes vom 22. Oktober 1875. Das Wort „Sache" ist hier ganz identisch mit „tatsächlichem Anlass". Diese Gesetzesstelle wollte die materielle Rechtskraft nicht regeln, sondern nur eine sichere Handhabe zur Beendigung des gerade vorliegenden Tatbestandes bieten. Ersteres ergibt sich aus der Vergleichung mit der Überschrift zu § 43 und mit § 49 dess. Gesetzes, letzteres aus dem augenscheinlichen Bestreben, die in § 35 des Gesetzes über das Reichsgericht gelassene Lücke auszufüllen. Die einseitige Normirung der materiellen Rechtskraft hinsichtlich der Erkenntnisse des V. G. H. wäre ungereimt gewesen; diess Rechtsinstitut lässt sich nur für das ganze Verwaltungsrecht einheitlich regeln. Vgl. oben § 11 S. 150.

Hiegegen ist in § 12 des Gesetzes über das Reichsgericht vom 18. April 1869 das Wort „Sache" allerdings gleichbedeutend mit „Rechtsverhältnis", denn ein nnd derselbe Tatbestand kann öffentliche und Privatrechtsverhältnisse schaffen. Es wiederholen sich durch den Gebrauch dieser Ausdrücke die gemeinrechtlichen Controversen über die Bedeutung der Worte „res" und „quaestio" in den Quellen.

[2]) „Identität" ist ja überhaupt nur ein Merkmal begrifflicher Abstraktionen, nicht aber ein Merkmal tatsächlicher Ereignisse oder Zustände. Zwei Grössen, zwei Schlüsse können identisch sein, nicht aber zwei conkrete Tatbestände; jede Tatsache muss sich in irgend Etwas von allen andern Tat-

der Fall, wenn in zwei verschiedenen „Sachen“ oder „Fällen“ die Individualisirungsmomente[3]) des Rechtsverhältnisses identisch sind.

Das Rechtsverhältnis ist kein Tatsachencomplex, sondern eine Abstraktion. Alle Lebensbeziehungen der einzelnen Rechtssubjekte zu einander, welche Gegenstände rechtlicher Normirung sind, fallen unter diesen Begriff. Es gibt eine Unzahl solcher Lebensbeziehungen, aus welchen subjective Rechte gar nicht oder nicht dem eigentlichen Träger der einzelnen Interessen erwachsen. Das subjective Recht ist ein durch besondere staatliche Einrichtungen garantirtes Handeln-dürfen; nicht jede Lebensbeziehung, welche durch Rechtsnormen geschützt ist, zeugt ein solches; aber jede ist ein Rechtsverhältnis. Die von der älteren Theorie aufgestellten sogenannten „Personenrechte“ sind allerdings keine „Rechte“, wol aber Rechtsverhältnisse, die erst bei Hinzutritt eines störenden Tatbestandes subjektive Rechte des Einzelnen erzeugen. Ähnlichen Charakter haben nun alle öffentlichen Rechtsverhältnisse. Sie enthalten durchweg eine derartige Beziehung zur Gesammtheit, weshalb denn auch, wie noch zu erörtern ist, die mittelalterliche Jurisprudenz gerade durch analoge Anwendung der Statuslehre die verwaltungsrechtlichen Institute zu begreifen suchte. Die Gesammtheit aber besteht nur aus Einzelnen; jedes öffentliche Rechtsverhältnis ist daher immer eine Lebensbeziehung einer grösseren Zal von Rechtssubjekten zu einander, welches durch die Rechtsordnung rechtliche Normirung erhält. Der Begriff des Rechtsverhältnisses hat somit im öffentlichen Recht eine andere Bedeutung, als im Privatrecht. Hier erzeugt jedes Rechtsverhältnis subjektive Rechte der Einzelnen, dort nicht. Die öffentlichen Rechte, deren Träger die Gesammtheit ist, werden von der Rechtsordnung nicht immer an bestimmte wirkliche oder fingirte Subjekte geknüpft, sondern es fallen die Begriffe: Subjekt des Rechts und Subjekt des Interesses sehr häufig nicht zusammen. Die Gesammtheit aller rechtlichen und faktischen Interessen, die durch die Verwaltung wahrzunehmen sind, hat diesen Charakter.[4])

---

sachen unterscheiden. Identisch mit Bezug auf eine geltende Rechtsnorm können folglich auch nur die abstrahirten Tatbestände sein, d. h. gewisse einer Tatsachenreihe gemeinsame Momente, welche die Rechtsordnung als Bedingung für die Anwendung einer Norm setzt.

[3]) Ich entlehne diesen Ausdruck den scharfsinnigen Deduktionen v. Schey's in Grünhut's Ztschr. VII, S. 746 ff.; VIII, S. 110 ff.; IX, S. 344 ff.

[4]) Hiegegen wird sich kaum einwenden lassen, dass es auch Privatrechte gibt, deren Trägerin die Gesammtheit ist. So wenig diess zu bestreiten ist, so ist doch im Auge zu behalten, dass in solchen Fällen nicht

Die Momente nun, nach denen ein Rechtsverhältnis zu individualisiren ist, können sein: Subjekt, Objekt (Gegenstand) und Entstehungsgrund. Ein allgemeines Prinzip hinsichtlich des Masses aufzustellen, in welchem diese drei Elemente auf die Individualisirung eines Rechtsverhältnisses Einfluss nehmen können, ist natürlich unmöglich: jedes Rechtsverhältnis, abstrakt gedacht, hat seine eigenen Individualisirungsmomente.

Was zunächst die Subjekte betrifft, so ist vorerst mit Rücksicht auf die eben gegebene Darstellung nicht zu bezweifeln, dass der Wechsel in den einzelnen Subjekten der Träger öffentlicher Interessen auf die Individualisirung ohne Einwirkung ist. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Wehr- und Steuerpflichtigen und der Gesammtheit ist allemal dasselbe, wenn auch die Personen, aus denen diese Gesammtheit besteht, wechseln. Es gibt aber auch subjektive Rechte (und Pflichten), welche gegen einen Subjektswechsel nicht reagiren, z. B. jene, welche durch einen Consens zu einem Wasserwerke, einer gewerblichen Betriebsanlage entstehen. Bei anderen ist das Gegenteil der Fall. So liegen gewiss verschiedene Rechtsverhältnisse vor, wenn man die Wehr- oder Steuerpflicht des A mit jener des B, des Pensions- oder Gehaltsrecht des C mit jenem des D vergleicht.

Unter dem Objekt[5]) oder Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist das conkrete persönliche oder wirtschaftliche Interesse zu verstehen, dem dasselbe dient, somit der Zweck, um dessentwillen, ihm die Rechtsordnung Schutz verleiht. Es gibt Rechtsverhältnisse, die verschiedenartigen Interessen dieser Art dienen können, andere sind durch ihr Objekt individualisirt. Zu der ersteren Art gehören beispielsweise das Heimats- und Staatsbürgerrecht. Die Zwecke, welche dieselben erfüllen sollen, sind höchst mannigfaltiger Art; ob sich dieselben

---

die Gesammtheit als solche, sondern vermöge eines zufälligen Umstandes Rechtssubjekt ist, was sich am besten darin zeigt, dass zwar die Privatrechte der Gesammtheit auf den Einzelnen übertragen werden können, nicht aber die öffentlichen Rechte. Ob jener Anlass ein zufälliger ist oder nicht, lässt sich nur darnach beurteilen, ob die positive Rechtsordnung in ihren Normen zu jener oder zu dieser Anname Veranlassung bietet. Dass es dabei im Einzelnen zweifelhafte Punkte gibt, ist gewiss; die actio finium regundorum zwischen öffentlichem und Privatrecht ist eben nicht immer mit Sicherheit zu entscheiden.

[5]) Auf den ersten Blick mag es befremden, wenn man von einem „Objekt“ des Rechtsverhältnisses spricht, weil die Kategorie des „Objekts“ eine Tätigkeit voraussetzt. Diese letztere liegt aber in der Tat im Begriff des Rechtsverhältnisses; es ist der Schutz durch die staatlichen Einrichtungen, welcher den Inhalt dieser Tätigkeit bildet.

im conkreten Fall in der Armenversorgung, der Aufenthaltsbeschränkung, dem Walrecht, der Volkszählung äussern, ist gewiss für ihre Individualisirung gleichgiltig. Diese Zwecke können also wechseln, das Rechtsverhältnis, um das es sich dreht, bleibt stets ein und dasselbe. Man vergleiche dagegen den Besitz eines selbstständigen Jagdgebietes, die Propination, das Bergwerkseigentum, die Gebührenpflicht u. s. w. Sie finden gewiss in dem persönlichen oder wirtschaftlichen Interesse, dem sie dienen, ein Individualisirungsmoment, so dass das Recht zu jagen, das Recht, Propinationsgetränk zu erzeugen oder zu schänken, das Recht, die vorbehaltenen Mineralien zu fördern u. s. w., sowie die diesen Rechten entsprechenden Pflichten Elemente sind, wodurch sie sich von allen anderen Rechtsverhältnissen, in welchen die bezüglichen Rechtssubjekte zu einander stehen können, unterscheiden.

Dasselbe gilt von dem Entstehungsgrund der Rechtsverhältnisse, d. i. von jenen Tatsachen, denen sie in concreto ihre Entstehung verdanken. Das Heimatsrecht, das Patronat, die Corporationsqualität, das Recht zu wälen oder gewält zu werden, alle diese Rechte sind sicherlich gegen die Art ihrer Entstehung ganz unempfindlich; mögen sie durch Verleihung oder sogenannte „Ersitzung", durch Vertrag, Privileg oder wie immer entstanden sein, es bleibt immer ein und dasselbe Heimatsrecht, ein und dasselbe Patronat u. s. w. Dagegen gibt es Rechtsverhältnisse, die weder durch Objekt noch durch Subjekt hinreichend individualisirt werden, deren Entstehungsart daher zu diesem Behufe gegeben sein muss. Das Recht an den Staat auf Leistung einer Summe Geldes individualisirt das hier obwaltende Rechtsverhältnis noch nicht: ich muss erst wissen, ob diess Recht durch Enteignung, durch Kriegsschäden, durch Keulung seuchenverdächtiger Thiere u. s. w. entstanden ist. Ebenso begründet die Pflicht zur Zalung einer Summe an den Staat ein anderes Rechtsverhältnis, je nachdem sie entstand durch den Betrieb eines Gewerbes oder durch den Abschluss eines gebührenpflichtigen Rechtsgeschäftes u. s. w. Zur Individualisirung dieser Rechtsverhältnisse ist daher jedenfalls die Summe der rechtserzeugenden Tatsachen erforderlich.

Es ist somit eine aus der Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse zu beantwortende Frage, ob zwei oder mehrere Lebensbeziehungen identische Individualisirungsmomente besitzen. Ist nun diess der Fall, sind alle Individualisirungsmomente einander gleich, dann können wir dieselben als identische Rechtsverhältnisse betrachten und die im Entscheidungswege erfolgte Feststellung des einen wirkt als bindende Norm für alle künftigen Fälle, in denen die gleichen Individualisirungsmomente vorkommen. Demgemäss wird die Feststellung des

Masses, bis zu welchem der Werksbesitzer aus der Wasserleitung Wasser zu entnehmen berechtigt ist, massgebend bleiben, wenn auch andere Rechtssubjekte darüber späterhin in Streit geraten; die Feststellung, dass A vom Einkommen Z steuerpflichtig ist, wirkt hingegen nicht für die Steuerpflicht des B, der aus derselben Quelle ein Einkommen gleicher Art bezieht; die Feststellung, dass A militärpflichtig ist, nicht für die Militärpflicht des B, der denselben Befreiungsgrund in Anspruch nam, denn hier entstehen mit dem Wechsel der Subjekte verschiedene Rechtsverhältnisse. Dagegen bewirkt allerdings die Feststellung der Steuerpflicht, der Militärpflicht des A dem unbeteiligten C, D, E gegenüber res judicata, weil das Rechtsverhältnis, in welches der Steuer- oder Militärpflichtige der Gesammtheit aller übrigen Bürger gegenüber tritt, vom Wechsel dieser letzteren unberührt bleibt.

Ist das Heimatsrecht des A festgestellt worden, so ist damit Nichts über das Heimatsrecht des B gesagt, mag auch bei diesem eine ganz identische Rechtslage vorliegen; hingegen wird res judicata vorhanden sein, mag es sich das erstemal um die Armenversorgung, das zweitemal um die Assentirung, das drittemal um die Abschiebung in die Heimat, das viertemal um Pflichten oder Lasten handeln, die nur dem Heimatberechtigten zukommen; ebenso gleichgiltig ist aber auch der Entstehungsgrund des Heimatrechtes, ob es beispielsweise als auf Grund einer Verleihung oder auf Grund der Abstammung oder der Verehelichung oder eines längeren Aufenthaltes entstanden erkannt wurde, wenn späterhin ein davon verschiedener Entstehungsgrund in Frage käme. Die Entscheidung, dass A dem Staate eine bestimmte Summe zu zalen schuldig sei, hat an sich für künftige Fälle, wo dieselbe Schuldsumme behauptet wird, gar keine materiell-rechtlichen Wirkungen. Erst die Sentenz, dass A diese Summe als Gebühr für den Rechtsakt Z, als Steuer von der Bierproduktion u. s. w. zu zalen habe, sagt uns, welches Rechtsverhältnis entschieden wurde. Diese Entscheidung ist zwar gegenüber dem B, dem C, die nicht als Parteien intervenirten, wirkungslos, mag auch der gebühren- oder steuerpflichtige Akt für alle drei einer und derselbe sein, sie macht aber res judicata allen anderen gegenüber, die das Recht, in jenem ersten Rechtsstreit als Parteien zu interveniren, nicht besassen.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Betriebsanlage macht daher nicht res judicata, wenn es sich um den Wiederaufbau der zerstörten Anlage handelt[6]), denn in der Betriebsanlage war ein Individualisirungsmoment des mit dem Bestande derselben gegeben

---

[6]) V. G. H. 665.

gewesenen Rechtsverhältnisses gelegen. Die Entscheidung, dass Jemand verpflichtet sei, ein Bachbett zu reguliren, stellt verschiedene Rechtsverhältnisse fest, wenn die Modalitäten der Ausführung das einemal dem Verpflichteten überlassen wurden, das anderemal von der Behörde selbst fixirt wurden [7]), weil in diesen Punkten die individualisirenden Elemente gelegen sind u. s. w.

Einer genauen Prüfung sind insbesondere jene Entscheidungen zu unterziehen, welche negative Feststellungen enthalten. Es wird damit ausgesprochen, dass eine bestimmte Rechtsnorm auf einen conkreten Tatbestand nicht Anwendung findet, eine Rechtslage, die häufiger im Civilrecht vorkommt als hier.

Indess gibt es solche negative Feststellungen auch im Verwaltungsrecht, z. B. die Entscheidung, dass ein Gewerbe kein Realgewerbe, dass ein Weg kein öffentlicher, dass Jemand kein Staatsbeamter sei, dass eine Parzelle zum Gemeinde-Jagdgebiete nicht gehöre, dass Jemand nicht schuldig sei, eine begehrte Leistung zu prästiren, oder nicht berechtigt sei, eine solche zu fordern u. s. w.; aber die Entscheidung beschränkt sich nur in seltenen Fällen auf die negative Feststellung, während diess im Civilrecht, wo mit Abweisung der Klage kein Gegenstand behördlicher Fürsorge übrig bleibt, die Regel ist. Im Verwaltungsrecht ist meistens eine weitere Aktion durch öffentliche Interessen bedingt, die das Stehenbleiben bei der negativen Feststellung nicht zulässt. Der Erneuerung eines abgewiesenen Begehrens steht allerdings res judicata entgegen, wenn die Abweisung in den Formen der Rechtsprechung vor sich ging. Allein es ist damit Nichts hinsichtlich des Bestandes solcher Rechtsverhältnisse gesagt, die sich zu dem negirten in einem conträren Gegensatze befinden.

Die Entscheidung also, dass A in Z nicht heimatsberechtigt sei, enthält nichts über die Frage, ob A in X das Heimatsrecht besitze [8]); die Entscheidung, dass A kein Recht auf die Gemeindenutzungen geltend machen könne, Nichts über die Frage, ob diess Recht dem B zustehe [9]); die Entscheidung, dass A nicht verpflichtet sei, S zu leisten, Nichts über die Pflicht des B dazu. Es können nun aber mehrere Rechtssubjekte in einem derartigen Rechtsverhältnisse zu einander stehen, dass

---

[7]) V. G. H. 1864.

[8]) Ein solcher Fall hinsichtlich der Rechtsverhältnisse: „Ortsangehörigkeit" und „Landarmer" in der E. d. B. A. f. Heimatwesen in Berlin vom 11. Dezember 1875 (Entsch. VIII, S. 136).

[9]) V. G. H. 2188.

z. B. nur entweder A oder B berechtigt bezw. verpflichtet ist[10]); dann folgt aus dem Schluss, dass A nicht berechtigt oder verpflichtet sei, der Schluss, dass B es sein muss. Diese Rechtslage hat im Verwaltungsrecht die Consequenz, dass, wie weiter unten noch näher erörtert wird, auch B als Partei behandelt werden muss. Identisch sind aber beide Rechtsverhältnisse nicht; gegenüber dem B, dem die Möglichkeit, als Partei aufzutreten, nicht gegeben wurde, ist desshalb das Erkenntnis ohne Wirkung.

Bei Rechtsverhältnissen, die durch ihr Objekt individualisirt werden, kann ferner eine eigentümliche Rechtslage dadurch entstehen, dass die Objekte zu einander im Verhältnis des Teils zum Ganzen stehen. Im Begriff des Teils liegt es, dass er nur als Bestandteil des Ganzen gedacht werden kann, er ist „ein ehemaliges oder künftiges Ganze, in der Gegenwart ohne Realität" (Mommsen); die Merkmale, welche dem Teile fehlen, sind für die Individualität des Objektes und damit des Rechtsverhältnisses irrelevant. Daher muss die Entscheidung über das Ganze hinsichtlich der Teile und jene über das Mehr auch hinsichtlich des Weniger[11]), aber auch die Entscheidung über den Teil als Teil hinsichtlich des Ganzen präjudiziren[12]); denn es ist nicht möglich, nur über den Teil als solchen zu entscheiden, ohne dass das Rechtsverhältnis hinsichtlich des Ganzen festgestellt, und es ist nicht möglich, hinsichtlich des Ganzen zu entscheiden, ohne dass damit über alle Teile desselben abgesprochen würde.

Ganz dasselbe gilt bei solchen Objekten, die zu einander im Verhältnis von Haupt- und Nebensache stehen.[13]) Die Nebensache hat juristisch keine selbstständige Existenz, ist also ein juristischer Teil

---

[10]) Z. B. A ist Fruchtniesser eines Hauses des B, an dem aus polizeilichen Rücksichten bauliche Reconstruktionen notwendig sind; oder Patron, Beneficiat und Pfarrgemeinde haben die Wiederherstellung eines Pfarrgebäudes zu prästiren; oder es ist strittig, ob die Parzelle Z zur Eigenjagd des A oder zur Gemeindejagd gehöre.

[11]) V. G. H. 1155.

[12]) Wie die Sache im Privatrecht steht, ist natürlich hier nicht zu erörtern. Massgebend ist dafür, in welchem Verhältnis man sich das Urteil zum Klageantrag denkt. Man wird wol dort mit Rücksicht auf das weitgehende Dispositionsrecht der Parteien über ihre Privatrechtsverhältnisse nicht umhin können, die im Text berührten Fälle für das privatrechtliche Gebiet anders zu entscheiden.

[13]) Kam z. B. die Pflicht des Patrons zur Beistellung einer Wohnung für Lehrer oder Seelsorger zur Entscheidung, so ist damit auch über die Pflicht zur Beistellung des Zugehörs, als des Kellers, des Hausbodens entschieden (V. G. H. 1256) und umgekehrt.

der Hauptsache. Die Rechtsordnung bestimmt, dass in allen rechtlichen Beziehungen die Nebensache der Hauptsache zu folgen hat, folglich muss die Entscheidung über die Hauptsache auch jene über die Nebensache beinhalten und jene über die letztere als Nebensache die Entscheidung über die Hauptsache.

Aus der besonderen Beschaffenheit dieser zwei Kategorien der Objekte von Rechtsverhältnissen ergibt sich, dass die Judikatswirkung sich hier auch auf solche Rechtsverhältnisse erstrecken kann, die scheinbar mit dem unmittelbar festgestellten Rechtsverhältnis nicht identisch sind. Dieser Mangel der Identität wird jedoch stets nur ein scheinbarer sein. In Wirklichkeit werden in solchen Fällen von vornherein beide Rechtsverhältnisse in einer Entscheidung fixirt; es wird also beispielsweise nebst der Pflicht zur Leistung des Teils oder der Nebensache auch über die Pflicht zur Leistung des Ganzen oder der Hauptsache judizirt; kommt später die Frage auf das Ganze oder auf die Hauptsache, so ist genau genommen auch hierüber schon ursprünglich entschieden worden; es liegt dann nur eine Verschiedenheit des tatsächlichen Anlasses der Entscheidung vor.

Während nun in diesen Fällen der Umfang der materiellen Rechtskraft seine Bestimmung erhält durch die Besonderheit der Objekte der Rechtsverhältnisse, die, mögen sie auch äusserlich verschieden sein, dennoch entweder schon vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit (Teilqualität) oder vermöge einer von der Rechtsordnung abstrakt festgesetzten Eigenschaft gewisser Dinge (Nebensache) in allen rechtlich relevanten Beziehungen gleichartig sind, so gibt es doch noch eine andere weitaus wichtigere Relation, bei welcher nicht nur die Objekte der Rechtsverhältnisse, sondern diese selbst in einer sich gegenseitig bedingenden Beziehung stehen. Es ist dies die sogenannte Präjudizialität. Präjudiziell ist ein Rechtsverhältnis (das bedingende) für ein anderes (das bedingte), wenn von einer Rechtsnorm nicht unmittelbar ein Tatbestand, sondern selbst schon ein Rechtsverhältnis als Bedingung ihrer Anwendbarkeit gesetzt wird, ein Vorgang, der seine Verwendung lediglich einem legislativ-technischen Kunstgriff verdankt. Wie bereits wiederholt bemerkt, gibt es in jeder Rechtsordnung eine Reihe von Rechtsbegriffen, die vermöge ihrer Wichtigkeit oder ihres häufigen Vorkommens so eingebürgert sind, dass man mit ihnen wie mit realen Dingen und Grössen zu operiren pflegt. Der Gesetzgeber erspart sich nun einen ganzen Complex von Schlüssen und Normen, wenn er diese Rechtsbegriffe selbst zur Bedingung für die Anwendung seiner Normen setzt; er vereinfacht sich dadurch die legislative Arbeit und erleichtert dem Publikum das Verständnis des Gesetzes. So kann z. B. die Rechtsordnung

die „Vaterschaft" für die Alimentationspflicht, das „Heimatsrecht" für die Armenversorgung[14]) als massgebend erklären.

Es kann aber die Rechtsordnung auch blos eine bestimmte Zweckbeziehung eines Rechtsverhältnisses (einen Teil des Gesammt-Tatbestandes gedacht mit Bezug auf einen Teil der auf den Gesammt-Tatbestand Anwendung findenden Normen) für ein anderes Rechtsverhältnis als präjudiziell ansehen.[15]) In seine Elemente aufgelöst, besagt ein derartiger Rechtssatz nichts Anderes, als dass ein gewisser Tatbestand A, wenn und insoferne er die Rechtswirkung R nach sich zieht, auch die Rechtswirkung $R_1$ bedinge. Darum ist unter Präjudizialität nicht etwa das Verhältnis von Ursache zu Wirkung auf dem Gebiete des Tatsächlichen zu verstehen, sondern eine logische Bedingtheit. Das Geborensein von einer Mutter mit diesen oder jenen Eigenschaften erzeugt zwar das Heimatsrecht, indem es als Anwendungsfall für die abstrakte Norm über das Heimatsrecht gedacht wird; nicht aber erzeugt es direkt das Recht auf Armenversorgung; das logische Mittelglied dazu ist eben erst das Heimatsrecht; das heisst: es setzt der Schluss, dass die Pflicht zur Armenversorgung bestehe, bereits den Schluss voraus, dass das Heimatsrecht bestehe. Diese Erkenntnis ist von Wichtigkeit. Es folgt daraus erstens, dass der Schluss über das bebedingte Rechtsverhältnis nach den Regeln der Logik nicht gezogen

---

[14]) Weitere Beispiele präjudizieller Rechtsverhältnisse: Aktives für passives Walrecht (V. G. H. 1999); Staats- für die Bundesangehörigkeit (nach deutschem Reichsrecht); Strassenerbauungs- für die Strassenerhaltungspflicht (V. G. H. 2187); Strassenerhaltungs- für Brückenerhaltungspflicht (Nr. 178 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.); Heimatsrecht des Vaters für das des ehelichen minorennen Sohnes, des Gatten für die Witwe (V. G. H. 1690); legitimatio per subs. matr. für das Heimatsrecht des Kindes; Heimatsrecht für die Staatsbürgerschaft; Beamten- (V. G. H. 2062) oder Lehrerqualität (V. G. H. 1890) für das Heimatsrecht; Rangsklasse für den Gehaltsanspruch (R. G. 131 u. 196); Besoldungs- für die Pensionspflicht (V. G. H. 1568); Nutzungsrecht am Gemeindegut für die Beiziehung zu den Erhaltungskosten (V. G. H. 311), Auflassung einer alten für die Errichtung einer neuen Schule (V. G. H. 2027); Zugehörigkeit eines Grundstückes zur Gemeinde für die Zugehörigkeit an den Kreis (Bezirk) (Sarwey a. a. O. S. 498), für das Jagdrecht, für die Steuerpflicht u. s. w.

[15]) So ist z. B. die Pflicht zur Zalung der Staatssteuer an sich noch nicht für die Pflicht zur Zalung der Communalsteuer (V. G. H. 2032) oder gewisser Concurrenzbeiträge (V. G. H. 1806; [anders 198]) präjudiziell; nur die Höhe der Staatssteuer ist für derlei Umlagen das präjudizielle (Teil-) Rechtsverhältnis (V. G. H. 2032). Allerdings ergibt sich aus diesem Satze (soferne im positiven Recht nichts Anderes bestimmt ist), dass die Befreiung von der Staatssteuer auch die Befreiung von den Communalumlagen u. s. w. nach sich zieht (V. G. H. 515).

werden kann, ohne dass vorerst über den Bestand des bedingenden geschlossen worden wäre; zweitens dass die Präjudizialität selbst kein Rechtsverhältnis ist, sondern dass sie nichts als eine Causalitätsrelation, in welcher zwei Schlüsse zu einander stehen, zum Ausdruck bringt. Diese Causalitätsrelation ist Gegenstand rechtlicher Normirung; erst wenn eine Rechtsnorm eine solche Relation anerkennt, wird ein Rechtsverhältnis für ein anderes die logische Bedingung. Denn jedes Rechtsverhältnis ist ja nur ein Gedachtes; die Rechtsordnung, nicht unser Denkvermögen gibt die Basis der Abstraktion. Die Präjudizialität ist daher nie Gegenstand der Entscheidung, sondern eine rechtliche Prämisse derselben, die Frage, ob zwei Rechtsverhältnisse zu einander in diesem Verhältnis stehen, kann nicht mit bindender Wirkung im Entscheidungswege festgestellt werden; die Antwort auf dieselbe ist Gegenstand der Interpretation, nicht der Entscheidung. Es bedarf keiner Erörterung, dass diese Interpretation zweifelhaft sein[16]) und im Einzelnen eine verschiedene Beantwortung erfahren kann[17]), dass es daher für diese Frage ebensowenig eine res judicata gibt, wie für jede andere Auslegung eines Gesetzes. Bei den nachstehenden Erörterungen ist somit stets vorauszusetzen, dass die Präjudizialität selbst im concreten Falle als vorhanden angenommen wird.

Wir haben im vorigen Paragraphe dargelegt, dass es kein Hindernis für die materielle Rechtskraft des das bedingende Rechtsverhältnis fixirenden Ausspruches ist, dass letzterer in den Entscheidungsgründen niedergelegt zu werden pflegt. Nur muss, wie oben bemerkt, die Behörde dazu sachlich zuständig gewesen sein und es muss sich das Verfaren und die erweisliche Feststellungsabsicht der Behörde auch auf den Präjudizialpunkt erstreckt haben.

Diess vorausgeschickt, wollen wir nunmehr die Combinationen prüfen, welche durch die Präjudizialität entstehen können.

Von zwei Rechtsverhältnissen, welche den Gegenstand zweier zeitlich auf einander folgenden Entscheidungen A und B bilden, kann entweder nur eines derselben (einseitige Präjudizialität) oder es können beide je ein präjudizielles Rechtsverhältnis P besitzen (doppelte Präjudizialität).

Die einseitige Präjudizialität, der weitaus häufigere Fall, besteht nun darin, dass entweder P für A (die vorhergegangene Entscheidung) präjudiziell und zugleich mit B (der nachfolgenden Entscheidung) identisch oder dass P für B für präjudiziell und mit A identisch ist. Aus

[16]) Vgl. z. B. R. G. 73 u. 114; V. G. H. 198 u. 1806.

[17]) Vgl. z. B. V. G. H. 992.

dem Prinzip der materiellen Rechtskraft nun folgt, dass im ersten Falle die Entscheidung über B gleichlautend sein muss mit jener, welche vorher über den Präjudizialpunkt des ersten Falles A erging, und dass im zweiten Fall die Feststellung des Präjudizialpunktes und damit indirekt die Feststellung des Meritalpunktes B abhängig ist von der Entscheidung A.

Eine Entscheidung verstösst also dann gegen das Prinzip der res judicata, wenn das festzustellende Rechtsverhältnis mit dem Präjudizialpunkt einer rechtskräftigen Entscheidung oder wenn ihr Präjudizialpunkt mit einer rechtskräftigen Entscheidung in Widerspruch treten würde. Fälle der ersteren Art sind mir aus der Spruchpraxis nicht bekannt worden. Ein solcher Fall läge beispielsweise vor, wenn anlässlich der Entscheidung über das Heimatsrecht des Sohnes das dafür präjudizielle Heimatsrecht des Vaters incidenter festgestellt worden wäre und später dieses letztere als Meritalpunkt zur Entscheidung gelangte.

Beispiele der letzteren Alternative sind häufig. So wurde als res judicata angesehen: das Heimatsrecht des ehelichen Sohnes wenn das des Vaters (V. G. H. 774), das Heimatsrecht des unehelichen Sohnes wenn das der Mutter durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt worden war (V. G. H. 1970); die Pflicht, zu den Kosten des Neubaues einer Schule beizutragen, wenn über die Ausschulung rechtskräftig entschieden ist (V. G. H. 603), die Pflicht zur Bestallung eines Pfarrprovisors, wenn über die Pflicht zur Bestellung des Pfarrers (V. G. H. 602), die Pflicht zur Bezalung einer Lehrerspension wenn über die Zalung des Gehaltes entschiedene Sache vorliegt (V. G. H. 1568). Fernere Beispiele bieten V. G. H. 439: die vorhergegangene Entscheidung, dass eine Verpflichtungserklärung von Gemeindemitgliedern als ein die Gemeinde als solche bindendes Versprechen anzusehen sei, präjudizirt der Entscheidung der Frage, ob die Leistung im Wege politischer Exekution einzubringen sei; V. G. H. 744: die Zuweisung eines Heimatlosen wird unanfechtbar, wenn die dieselbe bedingende Staatsbürgerschaft rechtskräftig festgestellt ist; V. G. H. 311: die Pflicht zur Tragung der Auslagen für ein Gemeindegut ist eine unanfechtbare Consequenz der das Recht am Genusse dieses Gutes feststellenden Entscheidung; V. G. H. 2176: die Zuerkennung eines Realschankrechtes ist unanfechtbar und es liegt res judicata darüber vor, wenn über die Voraussetzung desselben, das Propinationsrecht, rechtskräftig entschieden ist; V. G. H. 38: die Entscheidung über die Gesetzmässigkeit eines Gemeindebeschlusses, womit behufs Aufbringung einer bestimmten Summe Umlagen auf die direkten Steuern verordnet wurden, ist bedingt durch

die Entscheidung darüber, dass die fragliche Summe aus irgend einem Rechtstitel, z. B. zur Aufbringung von Cultusbeiträgen an die Pfarrei von der Gemeinde geleistet werden müsse; ist hierüber bereits rechtskräftig entschieden, so liegt auch in jenem Punkte res judicata vor u. a. m.[18])

Einen Fall doppelter Präjudizialität bietet V. G. H. 404: Die zuerst ergangene Entscheidung sprach aus, dass A in X das Heimatsrecht besitze, weil das dafür im conkreten Falle präjudizielle Heimatsrecht des Vaters des A in X vorher bereits rechtskräftig entschieden worden war. Später kam das Heimatsrecht des Bruders des A in Frage, für das gleichfalls das Heimatsrecht des Vaters präjudiziell war. Der V. G. H. erkannte, dass durch die Entscheidung über das Heimatsrecht des einen Bruders res judicata hinsichtlich des anderen vorliege, weil für beide Falle derselbe Präjudizialpunkt massgebend sei.

---

[18]) Vgl. auch die E. d. B. A. f. Heimatwesen v. 3. Februar 1877 und v. 5. Novbr. 1881: Die Hilfsbebürftigkeit einer Person kann nicht mehr in Frage gestellt werden, wenn es sich um die Höhe des Versorgungsgenusses handelt, sowie im Vorprozesse über die Hilfsbedürftigkeit affirmativ entschieden wurde.

## Umfang der materiellen Rechtskraft in subjektiver Beziehung. (Die durch die Entscheidung gebundenen Rechtsubjekte.)

### § 14.

Haben wir im vorigen Paragraph die Rechtsverhältnisse betrachtet, welche das Objekt der materiellen Rechtskraft bilden, so wenden wir uns nunmehr der Prüfung der Frage zu, welche Rechtssubjekte durch dieselbe gebunden werden.

Unter materieller Rechtskraft verstanden wir ein zu dem principalen hinzutretendes accessorisches Rechtsverhältnis, dessen Entstehungsgrund die Entscheidung selbst und dessen Objekt das Interesse der Parteien an der Aufrechthaltung des durch die Entscheidung geschaffenen Rechtszustandes bildet, welches daher auch das dritte Element eines jeden Rechtsverhältnisses, seine Subjekte, haben muss. Aufgabe der Untersuchung ist es also, die Subjekte dieses durch die Entscheidung entstehenden Rechtsverhältnisses zu bestimmen.

Der Umkreis dieser Rechtssubjekte zerfällt von selbst in zwei Hemisphären, deren eine durch die Organe der Verwaltung, deren andere durch die Parteien im weiteren Sinne[1]) ausgefüllt wird.

Wie alles Recht nur darum Recht ist, weil und insoferne es durch die staatlicherseits eingesetzten Rechtfindungsorgane[2]) als in concreto geltende Norm anerkannt werden kann und seine Erfüllung durch besondere

---

[1]) Ich verstehe unter diesen alle Personen, die im konkreten Fall weder in obrigkeitlicher Eigenschaft intervenirten noch als Beweismittel benutzt wurden.

[2]) Dieser Ausdruck ist passender als das neuerdings häufig gebrauchte Wort: „Rechtsverwirklichungsorgane“. Denn die Rechtsnormen werden auch „verwirklicht“ durch jeden, der sie befolgt; andererseits hilft oft genug alle behördliche Tätigkeit nichts, die Rechtsnorm bleibt unverwirklicht trotz Judikatur und Exekution (z. B. bei Zalungsunfähigkeit).

Institute gewährleistet wird, so folgt, wie schon oben in § 10 dargetan wurde, aus dem Begriff der Rechtskraft von selbst, dass die rechtsprechenden Instanzen an die daraus entspringenden Imperative gebunden sein müssen, gleichwie sich im Privatrecht nicht nur die Parteien in ihren Handlungen, sondern auch die Richter in ihren Schlüssen an den in der Entscheidung niedergelegten Schluss halten müssen, soll nicht die materielle Rechtskraft illusorisch gemacht werden.

Die Verwaltungsbehörden sind aber nicht blos rechtsprechende, sondern auch verwaltende Instanzen im eigentlichen Sinn, d. h. sie verfügen, verordnen, beurkunden im öffentlichen Interesse. Hierin liegt keine Rechtsprechung, sondern die Geltendmachung der Interessen grösserer Kreise von Personen, deren Gesammtheit der rechtsprechenden Gewalt gegenüber selbst als Partei erscheint. Wo beide Funktionen in einer Hand vereinigt sind, wie in Österreich, entsteht daraus die Unzukömmlichkeit, dass die rechtsprechende Instanz nicht selten selbst Parteitätigkeit entfalten muss. Damit ist die Verwaltung in die Lage versetzt, auf die materielle Rechtskraft verzichten zu können, wenn alle rechtlichen Interessenten damit einverstanden sind. Diess kann entweder ausdrücklich oder aber, was noch häufiger ist, stillschweigend geschehen, indem die Behörde die Initiative zu einer neuen Entscheidung ergreift und neue Erhebungen veranlasst.

Ein Verstoss gegen die materielle Rechtskraft begründet daher keine absolute Nullität; ist derselbe von allen Beteiligten inbegrifflich der Verwaltung selbst gewünscht, so liegt ein Unrecht überhaupt nicht mehr vor.

Wir wollen nunmehr zu der Frage übergehen, welche Personen ausserhalb der Verwaltung durch die materielle Rechtskraft gebunden werden.

Die Civiljurisprudenz beantwortet die Frage nach dem subjektiven Umfang der res judicata mit dem Satze: res judicata jus facit inter partes. Wer diesen Satz, wie es in dergleichen Dingen üblich ist, einfach „analog“ für das Verwaltungsrecht adoptiren und behaupten wollte, auch hier binde die Entscheidung nur die „Parteien“, käme mit dem geltenden Gewohnheitsrecht und unausweichlichen Anforderungen des praktischen Lebens in Widerspruch.

Gehen wir jenem Satz näher zu Leibe, so fällt uns vor Allem das Wort „Parteien“ auf. Wer ist „Partei“ im Verwaltungsprozess? Schon hier sehen wir, dass uns die fixen Kriterien der Parteirollen, welche im Civilprozess durch die Klageschrift geschaffen werden, wenn auch nicht immer, so doch häufig genug fehlen. Denn im Verwaltungsrecht ist die geschehene Rechtsverletzung nur in verhältnismässig seltenen Fällen

Voraussetzung der behördlichen Tätigkeit, und auch dort, wo diess der Fall ist, bleibt primär stets die Gesammtheit an der Aktion interessirt, so dass der Verletzte den öffentlichen Interessen gegenüber immer nur die Rolle eines „Privatbeteiligten" spielt, wie im Strafrecht. Es folgt diess aus dem Begriff des öffentlichen Rechtes von selbst. Noch häufiger ist es nicht eine Rechtsverletzung, welche den Anstoss zur behördlichen Aktion gibt, sondern es handelt sich in der Regel um die Verwirklichung gewisser Einrichtungen des öffentlichen Rechtes, deren Zustandekommen wesentlich durch die Interessen der Gesammtheit beeinflusst ist, so dass diesem gegenüber Parteihandlungen überhaupt, also auch aktiver oder passiver Widerstand Einzelner, ihr Einverständnis oder Streit nebensächlich sind.[3]) Wenn nun auch hier, wie im Civilprocess, es erst die Aktion der Behörde ist, welche formell die Parteirollen schafft, so ist doch klar, dass die charakteristischen Kriterien des Parteibegriffes im Verwaltungsrecht andere sein müssen, als im Civilprocess, dass es hier keinen Kläger und keinen Geklagten, sondern nur „Beteiligte" oder „Interessenten" geben kann, denen unter gewissen Voraussetzungen die Behörde Partei-Rechte und -Pflichten zuzuteilen hat. Sollen wir uns über den subjektiven Umfang der Judikatswirkungen klar werden, so müssen wir uns daher zwei Fragen vorlegen: erstens nach welchen Merkmalen sich im Verwaltungsrecht der Begriff der Partei bestimmt und welchen Einfluss dieser Begriff auf die Formen des Verfahrens übt; zweitens, ob sich die Judikatswirkungen auf diese „Parteien" beschränken oder allenfalls weitere Kreise von Rechtssubjekten zu binden geeignet sind.

Wir müssen hier etwas weiter ausholen.

Der privatrechtlich geschulte Jurist ist gewohnt, alle Rechtssubjekte in berechtigte, verpflichtete und indifferente zu teilen. Diese Unterscheidung reicht im öffentlichen Recht nicht aus. Weil jedes öffentliche Rechtsverhältnis einen der Zal nach unberechenbaren Kreis von Personen tangirt (darin liegt ja der Begriff der „Öffentlichkeit"), so steht dem Einzelnen allemal eine Menge von Trägern dieser Interessen gegenüber, die nicht Träger des Rechtsverhältnisses selbst sind. Man spricht daher von „Beteiligten" und „Interessenten", die man sich in Beziehung auf irgend ein Lebensgut denkt, das mehreren oder allen

---

[3]) Vgl. oben §. 6, S. 59 ff. Im öffentlichen Interesse ist zu entscheiden, ob eine Schule zu errichten, eine Betriebsanlage zu consentiren, Walrecht und Wälbarkeit zu gewähren, Befreiung vom Militärdienst zu erteilen sei u. s. w. Die durch Bestreitung eines Begehrens oder Weigerung, es zu erfüllen, hervorgerufene Rechtsverletzung ist sicherlich hier für die Verteilung der Parteirollen nicht massgebend.

Genossen zugleich identische Betätigungen egoistischer Triebe entlockt. Gewisse Interessen dieser Art deckt die Rechtsordnung mit ihrem Schutz, ohne dass dem Einzelnen dadurch die rechtliche Macht gewährt würde, diesen Schutz nach einer bestimmten von seiner Willkür abhängigen Richtung zwangsweise realisiren zu können. Der Modus dieses Schutzes liegt in der Verwaltungstätigkeit. Es gibt also Interessen Einzelner, die „rechtlich geschützt", aber dennoch keine Rechte sind. Es sind das die Interessen, die Jedermann daran hat, dass Verbrechen gestraft, Unterricht erteilt, Soldaten ausgehoben, Steuern gezalt, Forste geschützt werden u. s. w.

Sowie die Rechtsordnung solche Interessen als allen oder grösseren Bevölkerungskreisen gemeinsame anerkennt, muss sie nach einem zwingenden Causalnexus die Wahrung derselben ihren Organen auftragen, und sowie diess geschieht, ist der Tatbestand, der diese Interessen berührt, ein öffentliches Rechtsverhältnis, eine abstrakt gefasste Tatsachenreihe dieser Art ein öffentliches Rechtsinstitut geworden. Je besser die Verwaltung, desto mehr gedeihen die ihr anvertrauten Interessen: eine Vernachlässigung derselben kann nicht durch die einzelnen Subjekte dieser letzteren, sondern nur wieder durch die Verwaltung geltend und gut gemacht werden. Der Einzelne also kann nicht Interessen der Gesammtheit geltend machen, es fehlt ihm dazu nach heutiger[4]) Rechtsempfindung die Aktivlegitimation. Er steht daher in dieser Hinsicht zu der Verwaltungsbehörde im Verhältnis eines Pflegebefolenen[5]) zu seinem Vormund oder Curator: jede Rechtsordnung muss einen gewissen Umkreis menschlicher Interessen fixiren, innerhalb dessen de lege lata der beschränkte Untertanenverstand durch die supponirte behördliche Weisheit seine ausschliesslich massgebenden Direktiven erhält. Wir nennen dieselben faktische Interessen.[6])

---

[4]) Es gibt gewiss Zeiten und Völker, wo dem nicht so ist; dann ist aber doch mehr ein formeller als ein sachlicher Unterschied vorhanden. Der römische Bürger der die popularis actio anstellt, der englische Advokat, der öffentliche Anklage erhebt, sie wirken gewiss nicht als Einzelne, in Geltendmachung ihrer Privatinteressen, sondern nur als Vertreter der Gesammtheit. Aus welchen Gründen in diesen Staaten die Möglichkeit einer derartigen freien Vertretung sich bilden konnte, muss hier unerörtert bleiben.

[5]) Denselben Gedanken bringt die Bezeichnung behördlicher Tätigkeit als „Pflege" (Gesundheitspflege, Volkswirtschaftspflege, Rechtspflege u. s. w.) zum Ausdruck.

[6]) Es ist selbstverständlich, dass hier überhaupt nur von solchen faktischen Interessen die Rede ist, welche zugleich öffentliche Interessen sind. Dass es ausserdem noch sehr viele andere subjektive Interessen gibt, ja selbst

Dagegen gibt es gewiss auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes subjektive Rechte, d. h. ein durch besondere staatliche Einrichtungen, neuestens selbst durch gerichtliche Tätigkeit zu verwirklichendes Handeln-Dürfen, das Recht des Staates auf Steuern und Gebühren, auf Leistung des Militärdienstes, das Recht des Einzelnen auf Betrieb des consentirten Gewerbes, auf Bezalung der Pension, auf Benützung des Gemeindegutes u. s. w.

Es ist aber unmöglich, mit diesen zwei Kategorien, den Subjekten von faktischen Interessen und von Rechten, die Verwirklichung des öffentlichen Rechtes, wie wir sie tagtäglich vor sich gehen sehen, zu begreifen.

Ein praktisches Beispiel wird sofort klar machen, worauf wir abzielen.

Nehmen wir an, es läge das Ansuchen einer Partei um Consentirung einer gewerblichen Betriebsanlage vor. Hiedurch entsteht ein complicirtes Rechtsverhältnis zwischen dem Petenten und der Gesammtheit (beziehungsweise der durch sie vertretenen Verwaltungsbehörde), zwischen jenem und den „Anrainern“[7]), und zwischen diesen und der Gesammtheit aller übrigen faktischen Interessenten.

Welche von diesen Personen haben „Rechte“? Offenbar der Petent und die Anrainer, denn diese allein haben das Recht, eine bestimmte formelle Aktion der Behörde zu fordern; jener hat das Recht, zu verlangen, dass über sein Ansuchen entschieden werde, diese haben das Recht, der Verhandlung beigezogen zu werden, ihre Ausführungen vor die Behörde bringen und Rechtsmittel einlegen zu dürfen. Dagegen haben weder jener noch diese das Recht, eine bestimmte Art der Entscheidung zu verlangen, was man damit auszudrücken pflegt, dass man sagt, die Consenserteilung liege im Ermessen der Behörde. Alle übrigen Interessenten haben keine Rechte, mögen ihre Interessen noch so intensiv, vielleicht sogar in finanzieller Beziehung, daran beteiligt sein[8]); denn sie haben nicht nur nicht das Recht, eine bestimmte Art behördlicher Tätigkeit zu verlangen, sondern sie entbehren auch des

---

rechtswidrige Interessen, ist natürlich; von diesen Interessen wird hier ganz abgesehen, sie sind zwar auch faktische, aber nicht rechtlich geschützte Interessen.

[7]) Oder der benachbarten Schule, Kirche oder öffentlichen Anstalt (§. 26 Gew. Ordg.).

[8]) Z. B. Concurrenten, Bewohner der benachbarten Stadt, die unter dem Rauch leiden, Besitzer von Gasthöfen, wenn der Fremdenverkehr des Ortes darunter leiden wird, Fabriksarbeiter, deren Gesundheit durch die Anlage bedroht ist (§. 26 Gew. O. a. E.).

Rechtes, zur Verhandlung geladen zu werden, ihre Ausführungen vorbringen zu dürfen, Rechtsmittel einzulegen u. s. w.

Wir haben also hier teils faktische, teils aber solche Interessenten, welche blos formelle, nicht materielle Rechte haben.

Diese letztere Kategorie nenne ich, einem allgemein üblichen Sprachgebrauch folgend, rechtliche Interessenten.

Es ist damit die doppelte Begriffsbeziehung deutlich ausgedrückt: rechtliche Interessen sagen wir deshalb, weil ihre Träger das Recht haben, dieselben in einem bestimmten Verfaren zur Geltung zu bringen; rechtliche Interessen deshalb, weil die Lebensverhältnisse, zu deren Schutz die Rechtsordnung sie anerkennt, nur Interessenverhältnisse sind, die erst durch die über das gedachte Verfaren ergehende Entscheidung zu Rechtsverhältnissen (Vollstreckbarkeit, res judicata) werden. Der Inhalt des rechtlichen Interesses besteht also darin, dass Jemand das Recht hat, vor der Behörde als Partei aufzutreten.[9])

Diese im öffentlichen Recht vorkommenden drei Kategorien von Interessenten lassen sich kurz dahin charakterisiren, dass man sagt: Rechte gewähren einen Anspruch auf eine bestimmte Art behördlicher Tätigkeit[10]), rechtliche Interessen einen An-

---

[9]) Worin die Rechte der Parteien im Administrativverfaren im Einzelnen bestehen, das ist hier nicht näher zu prüfen. Kurz gesagt, bestehen sie darin, dass die Verwaltung die Parteien zur Verhandlung laden, ihnen die gegen sie sprechenden Beweismittel und Tatsachen vorhalten, sie mit ihren Rechtsausführungen und sonstigen Angaben hören muss, dass ihnen die Entscheidung zu intimiren ist und dass sie zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimirt sind. Ist der Kreis der Parteien ein zu grosser oder unbestimmter, so genügt Edictalcitation; für unbekannte Beteiligte, sowie für solche unbekannten Aufenthaltes können Curatoren aufgestellt werden, von Amtswegen dort, wo die Beiladung von Amtswegen zu geschehen hat. Pl. Beschluss des V. G. G. v. 14. März 1877, Samitsch' Zeitschr. 1877, S. 138 u. Mh. I, S. 670. Auch der Drittbeteiligte kann Curatorsbestellung verlangen. — Dass aus der Pflicht zur Beiladung (der Anerkennung des rechtlichen Interesses) „mit Notwendigkeit“ die Legitimation zur Ergreifung von Rechtsmitteln folge, hat das B. A. f. Heim. W. mit Recht ausgesprochen (Wohlers Sammlg. XIV, S. 122; auch Reger III, S. 384; E. des Pr. O. V. G. vom 19. Juni 1879, V. S. 463, auch Brauchitsch 881 I, S. 118; Wohlers Ges. betr. die Verf. d. V. G. 1881, S. 73). Eine mit Unrecht in erster Instanz beigeladene Partei erwirbt natürlich dadurch nicht die Activlegitimation zu Rechtsmitteln. E. d. Pr. O. V. G. v. 19. Juni 1879, S. 46.

[10]) Hieraus folgt, dass auch in Sachen, die die Behörde nach ihrem Ermessen entscheiden darf, sie das im Gesetze vorgezeichnete Verfaren ohne Rechtsverletzung nicht verlassen darf. In solchen Fällen steht daher dem rechtlichen Interessenten die Beschwerde an den V. G. H. wegen Missachtung der wesentlichen Formen des Administrativverfarens offen; nicht aber ist er

spruch auf ein bestimmtes Verfaren, faktische Interessen gewähren gar keinen Anspruch.[11])

Kehren wir nunmehr zu den früher aufgeworfenen zwei Fragen zurück, so sehen wir uns jetzt in den Stand gesetzt, dieselben zu beantworten.

Der Begriff der „Partei“ bestimmt sich im Verwaltungsrecht nicht nach den Wünschen eines Einzelnen [12]), sondern darnach, ob ein rechtliches Interesse vorliegt oder nicht. Die Begriffe „Partei“ und „recht-

---

legitimirt zur Beschwerde gegen den Inhalt des Erkenntnisses. In dem oben (S. 186) gebrauchten Beispiele können daher die Bittsteller, die Anrainer und sonstigen rechtlichen Interessen wegen mangelhaften Verfarens bei der Consenserteilung Beschwerde an den V. G. H. erheben, denn sie haben eben ein „Recht“ (§ 1 Ges. v. 22. Okt. 1875) auf die Einhaltung des Verfarens; die Consenserteilung oder Verweigerung selbst aber kann als im sog. „freien Ermessen“ (§ 3 lit. e. c. l.) liegend vor dem V. G. H. nicht angefochten werden. Diesen Grundsatz hat auch der öst. V. G. H. wiederholt anerkannt.

[11]) Die faktischen Interessenten haben daher weder das Recht, vor der Behörde ihre Angelegenheiten vorzubringen, noch haben sie die Legitimation zur Beschwerde an den V. G. H. oder selbst an die höhere Behörde, wo diess im Gesetze nicht ausdrücklich zugelassen ist.

Der wirtschaftliche und persönliche Wert, sowie die Eigentümlichkeit des faktischen Interesses (natürlich stets unter der Voraussetzung, dass es ein von der Rechtsordnung anerkanntes Interesse sei) beruht darin, dass, wiewol dem Handeln-Müssen der Behörde kein Fordern-Dürfen des Einzelnen entspricht, doch immer ein Handeln-Müssen vorhanden ist. Hierin liegt der rechtliche Schutz dieser Interessen, die gleichwol keine Rechte sind. Dass dieser rechtliche Schutz aus Rechtsimperativen besteht, ist zweifellos, weil ihre Erfüllung sowol in präventiver als in repressiver Richtung durch eine ganze Reihe staatlicher Einrichtungen garantirt ist. In letzterer Linie trifft man hier mit jenem Gedanken zusammen, den wir schon oben § 4 verfolgt haben, dass nämlich auch in Sachen des sogenannten „freien“ Ermessens die Aktion der Behörde stets durch eine Rechtsnorm gebunden ist.

[12]) Hieraus allein lässt sich die Duplicität der Teilungsklagen und der interdicta retinendae possessionis im römischen Recht erklären. Beide Gebilde sind eben dort noch wesentlich Verwaltungssachen. Hinsichtlich der i. r. p. ergibt sich diess noch deutlich genug aus dem „vim fieri veto“ des Prätors. Es ist damit zum Ausdruck gebracht, dass die Interessen des Klägers gegenüber den Interessen der Gesammtheit an der Friedensbewarung zurücktreten und in Folge dessen die Behörde das Recht hat, dem Kläger die Rolle des Geklagten aufzuzwingen. Nur unter diesem Gesichtspunkte ist es befriedigend zu erklären wenn Gajus (IV. 160) sagt: „par utriusque litigatoris conditio est nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur“, eine Stelle, die Ihering (Geist III, 1. S. 91) sich vergeblich in anderer Art zu interpretiren bemüht. — Hinsichtlich der Teilungsklagen ist der polizeiliche Gesichtspunkt noch bis heute zum Teile massgebend geblieben, indem

licher Interessent" haben eine identische Wurzel, indem jeder „rechtliche Interessent" von der Behörde „zur Partei" von Amtswegen gemacht werden soll; ihr Unterschied liegt darin, dass es rechtliche Interessenten geben kann, welche nicht Parteien werden, indem die Behörde ihre Pflicht, dieselben zu laden u. s. w. verabsäumte. Die grundsätzliche Pflicht der Behörden (inbegrifflich der Verwaltungsgerichte) in allen Verwaltungssachen Jeden, dessen rechtliches Interesse die Rechtsordnung anerkennt, dem Verfaren als Partei zuzuziehen, ergibt sich daraus, dass die Spruchbehörden gehalten sind, das ganze der Entscheidung unterstellte Rechtsverhältnis erschöpfend zu untersuchen, was nicht möglich wäre, wenn Personen, denen die Rechtsordnung Parteirechte eingeräumt wissen will, davon präkludirt würden. [13])

Welche Rechtsfolgen ein derartiger incorrekter Vorgang nach sich zieht, bleibe späterer Besprechung vorbehalten. Hier interessirt uns zunächst, dass die Imperative, welche aus der res judicata entspringen, denjenigen nicht binden können, an den sie nicht adressirt wurden, obwol ihm die Rechtsordnung Parteirechte einräumen wollte, Dem nicht als Partei behandelten rechtlichen Interessenten gegenüber ist also die Entscheidung ohne Wirksamkeit, aber nicht wie im Privatrecht darum, weil dort die richterliche Entscheidung erst durch die Arbeit der Parteien geschaffen und aus ihr herausgearbeitet wird, sondern darum, weil der Process hier incorrekt, dem Übergangenen gegenüber nichtig ist. Wenn Jemand von mehreren aus einem Privatrechts-

---

dieselben in der Regel im ausserstreitigen Verfaren erledigt werden. Vgl. darüber Windscheid, Pand. § 449, N. 16. Wenn Degenkolb gegen die publizistische Natur der Teilungsklagen einwendet, dass es auch hier Einlassungszwang und res judicata gebe (Einlassungszw. und Urteilsnorm S. 70), so ist dagegen zu erinnern, dass gerade im öffentlichen Recht ein wirklicher Einlassungszwang, der Bülow's Einwendungen gegen seinen Bestand nicht zu befürchten hat, existirt und dass auch hier eine res judicata möglich und notwendig ist. Das „obrigkeitliche Dekret" ist nicht, wie Degenkolb sagt, „an sich wandelbar"; es ist vielmehr unwandelbar auf beiden Rechtsgebieten, sowie es im Zuge der Rechtsprechung vor sich geht.

Die Duplicität jener Klagen im heutigen Recht ist allerdings de lege ferenda kaum mehr zu rechtfertigen.

[13]) Es steht also hier nicht etwa in der Macht der Parteien sich ihre Gegner auszusuchen, wie im Privatrecht.

Ich muss es daher abermals als eine ganz unzulässige privatrechtliche Analogie bezeichnen, wenn man in der sogenannten „Adcitation" eine „Streitverkündung" sieht, wie diess bei Stengel, Die Organisation etc. S. 506, geschieht. Die „Irrlehre" von der Adcitation im gemeinen Process mag wol mit dazu Veranlassung gegeben haben. Vgl. hierüber Freudenstein, „Die Rechtskraft", 1884, S. 273 ff.

titel Verpflichteten nur Einen klagt, so wirkt das Civilurteil gegen die übrigen nicht; Verfaren und Urteil sind aber correkt. In analogen Verwaltungssachen (z. B. wenn bei Kirchenbauten mehrere conkurrenzpflichtige Personen vorhanden sind) begründet die Übergehung einer dieser Personen eine Nichtigkeit, was die praktische Consequenz mit sich bringt, dass auch die im früheren Verfaren als Parteien aufgetretenen Parteien die durch die erste Entscheidung errungenen Vorteile wieder einbüssen. [14])

Nunmehr gelangen wir auch zur Beantwortung der zweiten der oben gestellten Fragen.

Während sich das civilgerichtliche Urteil gegen alle, die nicht Streitteile waren, stets indifferent verhält, ist es ein charakteristisches Merkmal aller Verwaltungssachen, dass alle faktischen Interessenten durch die Entscheidung gerade so gebunden werden, als ob sie Parteien gewesen wären.

Aus der unberechenbaren Menge faktischer Interessenten, die an jeder Sache publici juris (inbegrifflich der Bestrafung des Deliktes) beteiligt sind, sucht sich die Rechtsordnung nur einige wenige (die rechtlichen Interessenten) heraus, welche sie als Parteien behandelt wissen will, während die übrigen durch die verschiedenen Organe der öffentlichen Gewalt, Staatsanwaltschaft, Verwaltungsbehörde u. s. w. vertreten werden. Und zwar ist, wie schon bemerkt, diese Vertretung eine ausschliessliche und obligatorische, so dass die Einzelnen alle Vorteile daraus erreichen aber auch alle Nachteile gegen sich gelten lassen müssen, wie der Pflegebefolene durch die Rechtskraft des Urteils, das sein „justus contradictor“ erstritten hat, Pflichten und Rechte erwirbt.

Kehren wir zu unserem Ausgangspunkte, dem Satze „res judicata jus facit inter partes“ zurück, so sehen wir, dass im Verwaltungsrecht statt desselben der Satz gilt „res judicata jus facit inter omnes“. Von den „omnes“ sind nur diejenigen ausgeschlossen, welche „partes“ hätten werden sollen, es aber in der Tat nicht wurden.

Fassen wir das bisher Entwickelte in einem Satze zusammen, so können wir sagen: Im Verwaltungsrecht verbindet die materielle Rechtskraft alle faktischen Interessenten, rechtliche Interessenten aber nur dann, wenn ihnen die von der Rechtsordnung gewährten Parteirechte eingeräumt wurden.

Im Privatrecht liegt die Sache anders; die Gesammtheit ist an einem Privatrechtsverhältnis nicht interessirt; daher erfolgt keine

[14]) Gleichwol können unter Umständen die nachteiligen Folgen der Entscheidung gegen sie fortwirken. Vgl. unten S. 272.

Ladung von Amtswegen, daher bindet auch das Urteil Niemand als die Streitteile.

Gehen wir, von diesen Gedanken geleitet, die Erscheinungen des Rechtslebens durch, so finden wir Bestätigungen derselben auf Gebieten, wo wir dieselben nicht erwarten sollten. So Manchem mag die hier für das öffentliche Recht behauptete absolute Kraft der Entscheidung neu und anfechtbar erscheinen. Wie alt aber ist dieser Satz in der Tat, da ihn doch schon die römische Jurisprudenz aufgestellt hat! Bitter rächt sich hier das beschränkte Verständnis der Privatrechtstheoretiker für alles, was öffentliches Recht heisst. Verschrobener und gekünstelter kann man die einschlägigen Sätze des römischen Rechts nicht erklären, als es Seitens der romanisirenden Jurisprudenz geschah, wenn sich dieselbe nicht gar hinter der bequemen Anname einer Singularität, Fiktion oder dergleichen Notbehelfen verschanzte.

Ich denke hier zunächst an die Normen des römischen Rechts hinsichtlich der Statusurteile.[14a]) Nach Savigny's Ansicht[15]) ist deren absolute Kraft eine aus inneren Gründen nicht zu erklärende Singularität; der von Windscheid[16]) in den Vordergrund gestellte Gesichtspunkt der supponirten Mitvertretung entfernter Beteiligter durch den Meistinteressirten[17]) ist augenscheinlich im Hinblick auf gewisse speziell daraus abgeleitete Consequenzen[18]) aufgestellt, er

---

[14a]) Wir müssen hier absehen von jenen Fällen, in welchen das civilgerichtliche Urteil kraft singulärer Rechtsnorm auch Andere als die Streitteile bindet.

Dieselben erklären sich teils aus einem vermuteten Einverständnisse (L. 63 D. De re jud. 42. 1. verbis: „ex voluntate ejus ...“), aus dem Schweigen einer Partei, die zum Reden verpflichtet gewesen wäre (wann diess der Fall ist, richtet sich nach den Grundsätzen der accessorischen Intervention, vgl. Unger, Syst. II, S. 669, Note 105a), teils aus der begrifflichen Unteilbarkeit eines Rechtsverhältnisses, wie bei der Correalität, teils wol auch aus der Anname, dass die im Streite befangene Partei das intensivere Interesse an der Sache hatte, wie hinsichtlich der Giltigkeit eines Testamentes gegenüber den Legataren, die aus demselben Rechte erwarben.

Über diese Fälle existirt eine ganze Literatur. Weil dieselben ausschliesslich dem Privatrecht angehören, haben wir die zalreichen hier entstandenen Controversen der romanistischen Literatur nicht zu berühren.

[15]) System VI, S. 472.

[16]) Pandekten I, § 132.

[17]) Freudenstein, Die Rechtskraft S. 227.

[18]) Ich meine die von den meisten Schriftstellern vertretene Ansicht, dass Dritte dann durch die res judicata nicht gebunden seien, wenn sie selbst das fragliche Statusverhältnis für sich beanspruchen. Windscheid dehnt diesen Satz auch auf das eheliche Verhältnis aus.

beruht aber auf einer Voraussetzung, die durchaus nicht immer zutrifft, weil oft genug gerade Dritte in derlei Sachen intensivere Interessen haben können, als der scheinbar Nächstbeteiligte. Nur ganz vereinzelt wurde der publizistische Charakter der Status hervorgehoben, so von Bähr[19]), von Uihlein[20]) hinsichtlich der Ehe. Es scheint mir jedoch, dass jene scheinbar singuläre Wirkung des „jus facere inter omnes" in der öffentlich-rechtlichen Natur des Status ihre volle Rechtfertigung findet. Die nachrömische Anschauungsweise mochte sich allerdings mit dem publizistischen Charakter der Paternität, hinsichtlich welcher eben die Quellen die absolute Kraft des Urteils hervorheben, nicht befreunden, weil dieses Rechtsverhältnis in späterer Zeit und gar im modernen Rechtsleben seinen öffentlich-rechtlichen Charakter zweifellos verloren hat.[21]) Im alten Rom dürfte sich jedoch die Sache anders verhalten haben.

Es lässt sich nicht verkennen, dass die eigentümlichen Geschworenengerichte[22]), welche in Statussachen judizirten, das Fehlen der Verhandlungs- und Contumazialmaxime dabei, sowie die freiere Gestaltung der magistratischen Machtvollkommenheit[23]) dem Statusurteil einen ganz anderen Charakter verleihen mussten, als dem gewöhnlichen Civilurteil. Das Statusurteil lässt sich viel eher mit dem Urteil unserer heutigen Geschworenengerichte in Strafsachen, als mit dem Civilurteil vergleichen. Aus einer Reihe von besonderen Normen[24])

---

[19]) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl.) S. 201.

[20]) Arch. f. civ. Pr. XII, S. 36. Die Tendenz dieses Aufsatzes geht dahin, nachzuweisen, dass auch nach gemeinem Recht Urteile in Ehesachen der Rechtskraft fähig seien, was man früher unter missverständlicher Anwendung einiger Stellen des canonischen Rechts bezweifelt habe.

[21]) Auf diess Moment stützt Freudenstein a. a. O. S. 224 mit Recht seine Bedenken gegen die Ausdehnung der absoluten Judikatswirkung auf alle Statussachen im heutigen Recht.

[22]) Dass die gerichtliche Competenz in derlei Fällen als ein Argument gegen die hier vertretene Auffassung nicht zu verwenden ist, lässt sich wol kaum bestreiten. Mit demselben Recht liesse sich gegen den öffentlichrechtlichen Charakter der Strafsachen einwenden, dass Gerichte über sie entscheiden. Es ist des Ferneren zu bedenken, dass in älterer Zeit ein Streit über einen Status nicht denkbar war, ohne dass damit zugleich ein Eigentumsprozess, ein Streit über Mein und Dein zum Austrag kam (Leonhard, De natura actionis quae praejudicialis vocatur, 1874, S. 88). Vielleicht hängt diess wieder mit der Duplicität der alten legis actio per sacramentum zusammen.

[23]) Vgl. z. B. die sehr bezeichnenden Worte in L. 12 u. 13. Dig. de hom. lib. exh. 43. 29: „.... non facile interdictum dandum ...."

[24]) Dahin gehören die Massregeln zur Verhütung des Missbrauches der processualischen Formen, als die Unwirksamkeit des Urteiles Dritten gegen-

ergibt sich ferner, dass man der Gefahr missbräuchlicher Ausnützung jener exceptionellen Urteilswirkung in ausreichender Weise zu begegnen wusste. Es zeigt sich hierin die virtuose Technik der Römer in juristischen Fragen: sie säumen nicht, sich in den wichtigen Statusangelegenheiten die beruhigenden Garantien gerichtlicher Urteile zu Nutze zu machen, entgehen aber in vielleicht prinziploser, aber der Sache nach zutreffender Weise den Gefaren derselben. Derlei Einrichtungen sind aber mit dem ganzen Volksleben, den culturellen und sittlichen Anschauungen ihrer Zeit so verwachsen, dass sich die daraus hervorgewachsenen Rechtssätze auf unsere modernen Zustände durchaus nicht ohne Weiteres übertragen lassen. Gerade auf dem Gebiete des Personenrechtes haben wir uns von den römischen Anschauungen am allerweitesten entfernt. Erkennen wir auch heute noch einen Teil der Statusrechte als dem öffentlichen Recht angehörig an, so folgt daraus noch nicht, dass heute alle Urteile in Statussachen absolute Kraft wie in Rom haben können, wenn jene besonderen Garantien, welche in Rom die Wahrung der öffentlichen Interessen gewährleisteten, fehlen. Und diess ist der Fall, wenn im streitigen Verfaren unsere Gerichte über die ihrer Competenz verbliebenen Status zu judiziren haben. Wir sehen einen Teil derselben allerdings der gerichtlichen Competenz entzogen und den Verwaltungsbehörden zugewiesen, wie das Staatsbürger- und Heimatsrecht, die persönliche Freiheit[25]), so dass es sich hier um gerichtliche Urteile nicht mehr handelt. Im Übrigen

über im Falle der Collusion (L. I. L. 2. pr. § 4. L. 4. L. 5, § 1. Dig. de coll. 40. 16), womit auch der Missbrauch der Contumaz und des Geständnisses abgeschnitten ist, ferner die Unwirksamkeit des Urteiles in gewissen Fällen der Nichtigkeit (L. 3. Dig. 3 de coll. 40. 16. cum non justo contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perinde, inefficax est Decretum atque si nulla judicata res intervenisset ...., worin auch die Erklärung für L. 1 u. 5 Dig. de ing. 40. 14 liegt), des Betruges des Richters (perperam judicatum L. 42. D. de lib. caus. 40. 12) oder der „perfidia“ der Partei (L. 3 § 13 Dig. de hom. lib. exh. 43. 29; ob auch in dem Falle, wenn ohne „fraus judicis“ „per injuriam judicatum est“? Vgl. L. 1 § 4 Dig. 43. 30.); endlich das Dritten eingeräumte Interventions- und Berufungsrecht, welches desto ausgedehnter wird, je grösser der Kreis der durch die Rechtskraft Gebundenen ist (Endemann, Das Prinzip der Rechtskraft, 1860, § 15, und Savigny, System VI, § 301, II, A).

[25]) Es ist indess sehr bezeichnend, dass die Darstellung dieser Status noch heute in dem Privatrechtssysteme zu erfolgen pflegt, obwol sich ein innerer Grund dafür nicht angeben lässt. Es erben sich eben nicht nur Gesetz und Recht, sondern auch manche juristische Dogmata wie eine ewige Krankheit fort. Zu verwandten Gedanken regt die Behandlung des sogenannten „Deutschen Privatrechtes“ an, das grösstenteils verwaltungsrechtliche Materien enthält.

aber ist bei uns dem gerichtlichen Status-Urteil nur dann absolute Kraft zuzuschreiben, wenn die öffentlichen Interessen im Processe durch besondere Einrichtungen vertreten werden konnten.

Statt nun die Consequenzen des publicistischen Charakters einzelner Status dort, wo das moderne Rechtsbewusstsein denselben anerkannte, prinzipiell zu ziehen, bezüglich anderer Status aber, wo diess nicht der Fall war, wie bei der Paternität, die absolute Judikatswirkung auszuschliessen, bewegte sich die romanistische Jurisprudenz des Mittelalters immer noch in den römischen Formen, unbekümmert darum, dass zwischenweilig eine neue Cultur und Gesellschaftsordnung längst neues Leben aus den Ruinen hatte spriessen lassen. Der Weg, der hier wie auf anderen verwandten Gebieten gegangen wurde, war der der „wissenschaftlichen Fiktion". Man bediente sich derselben, um die heterogensten publicistischen Rechtsverhältnisse in die hergebrachten Schemata zu zwängen[26]), während andererseits (in den Fällen der zu Privatrechtsverhältnissen gewordenem Status nämlich) die absolute Judikatswirkung eine unerklärliche und nicht zu rechtfertigende Singularität geworden war. Jene Fiktion operirte damit, persönliche Eigenschaften im weitesten Sinne des Wortes als Status anzusehen und demgemäss von den ursprünglichen Status („status favorabiles, qui sunt perpetuo personae annexi") künstliche Status („status indifferentes, qui non sunt personae intrinsecus infixi, sed adjacent extrinsecus") abzuscheiden. Zu diesen „status indifferentes" rechnete man beispielsweise die Eigenschaft Magister, Doktor, Cleriker, Laie, Mönch, Gemeindebürger, (curialis), Staatsbürger (civis) zu sein[27]), ja man ging noch weiter und fand auch in der Eigenschaft eines „infamis", „prodigus", „bannitus

---

[26]) Ein Beispiel für viele:

In solchen Fällen, sagt Zasius (Opera omnia tom. III, comm. ad tit. dig. de re jud. No. 74 [S. 546 ff.]) habe die Sentenz absolute Wirkung: „usque adeo facit jus quod tales, ubique terrarum pro his ut pronun-„ciati sunt habentur aliis etiam documentis non apparentibus, „arg. Cod. X, tit. 32, ubi curialis passim dicitur et habetur qui talis judica-„tus est. Ita etiam si civis judicetur merito pro tali habebitur; nisi fortasse „aliquis contra tenderet qui aeque principale interesse haberet. Quid autem „si aliquis pronuncietur vasallus, emphyteuta vel colonus? Dic talem „sententiam non facere jus; nihil necessario stringit pro vel contra vasallum „ut pro tali habeatur, quia vasallum esse non est status personae, sed „est patrimonii qualitas cum aliqua bona sunt feudalia alia vero non: et „ista qualitas non est infallibiliter et necessario personae perpetuo annexa. „Idem dicas si quis de domicilio hujus vel alterius loci esse pronuncietur „quia domicilia facile mutantur (!) et saepe viri potentes in multis locis „castra et domicilia habent."

[27]) Zasius a. a. O. S. 546.

vel excommunicatus“, eines „homicida vel criminosus“, eines über popularis actio Verurteilten u. dgl. einen Status und gelangte so dahin, nicht nur beliebige persönliche Qualitäten, sondern selbst die Eigenschaft, ein Verbrechen oder eine andere strafbare Handlung begangen zu haben, unter diesen Begriff zu subsumiren. Es geschah diess nur zu dem Zwecke, um der Entscheidung über derlei Rechtsverhältnisse (inbegrifflich des Strafurteils) absolute Kraft einräumen zu können, ohne mit den Sätzen des römischen Rechts in Widerspruch zu geraten. Es zeigt sich hierin aufs deutlichste, wie sehr man schon damals das Bedürfnis empfand, in Angelegenheiten des Verwaltungsrechts das „jus facere inter omnes“ als Prinzip anzuerkennen; denn alle jene „status indifferentes“ sind nichts Anderes als unsere heutigen Verwaltungssachen, wenngleich deren Kreis insoferne beschränkt war, als sie mit den im canonischen Recht geregelten öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zusammenfallen mussten. Auf diesem Punkte blieb nun die rechtswissenschaftliche Behandlung der hier besprochenen Frage stehen; die Periode des sich später bildenden Verwaltungsrechtes und die damit erfolgende Ausscheidung jener Agenden aus dem canonischen Rechte hat die Judikatswirkungen aus wiederholt besprochenen Gründen nicht mehr in den Kreis wissenschaftlicher Untersuchung gezogen. Wir glauben daher dort fortsetzen zu sollen, wo die Wissenschaft jener Zeit aufgehört hat und deshalb waren wir zu dem vorliegenden Excurse auf jenes entlegene Gebiet gezwungen.

Was nun die auch heute noch als Status anzusehenden Rechtsinstitute betrifft, so lässt sich die Frage nach den subjektiven Wirkungen der sie feststellenden Erkenntnisse auf der Basis des von uns aufgestellten Prinzips einfach lösen, soferne über die privatrechtliche oder publicistische Natur derselben kein Zweifel herrscht. Massgebend scheint mir, wie schon oben bemerkt, in diesem Punkte zu sein, ob die öffentlichen Interessen im einzelnen Falle ihre Vertretung fanden oder nicht. Die Form dieser Vertretung ist gleichgiltig; sie erfolgt ebensowol, wenn den Gerichten die Berücksichtigung und Wahrung der Gesammtinteressen vorgeschrieben ist, was im ausserstreitigen Verfaren überall dort zutrifft, wo von Amtswegen vorzugehen ist, als auch dann, wenn jene Interessen durch besondere Commissarien, Staatsanwälte oder was immer für spezielle Vertreter wahrgenommen werden. Ist weder das eine noch das andere der Fall, so liegt darin ein sicherer Beweis, dass die Rechtsordnung das fragliche Rechtsverhältnis als privatrechtliches auffasst, das heisst, dass die Gesammtheit kein weiteres Interesse deran nimmt; denn auch hier gilt der Satz, dass nur dasjenige geblasen wird, was uns brennt.

Demgemäss hat im österreichischen Recht keine absolute Kraft mehr das Urteil über die Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes, wol aber macht jus inter omnes das Urteil über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer Ehe[28]), über die Ehetrennung und die Feststellung des Verschuldens dabei[29]), die urteilsmässige Todeserklärung[30]), die Feststellung, dass eine Ehe durch Tod aufgelöst sei[31]), dann alle jene personen- und familienrechtlichen Feststellungen der Gerichte, welche im ausserstreitigen Verfaren ergehen, also die Grossjärigsprechung, die Entmündigung wegen Wahn- oder Blödsinns, wegen Verschwendung. Dasselbe gilt von jenen gerichtlichen Entscheidungen in Statussachen, wo Staatsanwaltschaften interveniren, wie diess nach der R. C. P. O. in Ehesachen (§ 569), dann in Entmündigungssachen (§§ 595, 597, 602, 605, 607, 616, 619, 620) der Fall ist.[32])

Absolute Wirkung haben somit auch die verwaltungsbehördlichen Feststellungen in familienrechtlichen Angelegenheiten[33]), weil die

---

[28]) Unger, System II, S. 670. Burckhard, System II, S. 631.

[29]) Das ganze Verfaren ist hier offizios, eine „Untersuchung“ (Hofd. v. 23. August 1819, No. 1595); überdies wird ein eigener Curator zur Verteidigung des Ehebandes bestellt. Dieser Curator hat keinen Curanden im Sinne des bürgerlichen Rechtes. Diess ist nicht so merkwürdig, als dass diese exceptionelle Curatel eigentlich dem Civilisten nicht besonders auffiel. Curand ist hier die Gesammtheit, die öffentlichen Interessen an der Aufrechthaltung der Ehen; das Gericht selbst hat überdiess die Einhaltung der Pflichten seitens des Curators zu überwachen (§ 17 c. l.). Das Gericht hat hier genau die Stellung eines Verwaltungsgerichts oder einer rechtsprechenden Verwaltungsbehörde, der defensor matrimonii die eines Staatsanwaltes. Diess letztere Moment trat noch mehr in den Vordergrund, so lange die Fiskalämter mit dieser Aufgabe betraut waren; gegenwärtig pflegt man dasselbe geradezu der Staatsanwaltschaft zu überweisen, so die R. C. P. O. Diess macht indess nur in der Form, nicht in der Sache einen Unterschied. Eine Consequenz des hier aufgestellten Satzes ist die bindende Wirkung des Urteils in Ehesachen für das Strafgericht § 5 al. 3 St. P. O. von 1873.

[30]) Demselben geht eine „amtliche Untersuchung“ über die „massgebenden tatsächlichen Verhältnisse“ vorher (Gesetz vom 16. Februar 1883, § 3), für welche die Normen des Verfarens ausser Streitsachen massgebend sind (§ 2 c. l.). Auch hier wird ein Curator für den Vermissten bestellt, aber dieser Curator vertritt gleichfalls die öffentlichen Interessen, wie ein Staatsanwalt, denn möglicherweise kann es Jemandem sehr erwünscht sein, für todt erklärt zu werden, dem Curator obliegt aber „insbesondere die zur Auffindung des Abwesenden geeigneten Nachforschungen zu pflegen“ (§ 6 l. c.).

[31]) § 9 des in der vorigen Note citirten Gesetzes. Dieser Ausspruch braucht mit der Todeserklärung nicht zusammenzufallen (al. 4 des cit. § 9).

[32]) Nur bei der Entmündigung wegen Verschwendung ist nach § 621 der R. C. P. O. die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft ausgeschlossen.

[33]) Derlei Fälle kommen nur vereinzelt vor. Ein Beispiel bietet die

Wahrnehmung der öffentlichen Interessen hier, wie wiederholt hervorgehoben wurde, von den Verwaltungsbehörden selbst ausgeht. Dasselbe gilt aber nicht nur von den familienrechtlichen Status, sondern auch von den „status indifferentes“, persönlichen Eigenschaften mit rechtlichen Wirkungen, wie Patronat, Staatsbürgerrecht, Heimatsrecht, Corporationsqualität[34]), Angehörigkeit an eine Religion[35]), Nationalität u. s. w.

Indess ist die absolute Judikatswirkung bei derlei persönlichen Qualitäten nur besonders auffallend, sie beschränkt sich aber nicht auf diese, wie gewöhnlich im Anschluss an die römische Schablone angenommen wird. Im Begriffe eines jeden öffentlichen Rechtsverhältnisses liegt es vielmehr, dass die „Öffentlichkeit“, die ja nichts Anderes ist als die Gesammtheit aller faktischen Interessenten, durch die verwaltungsbehördliche Entscheidung gebunden werde, und diess gilt nicht nur von persönlichen[36]), sondern auch von sachlichen Qualitäten und deren rechtlichen Beziehungen zu Rechtssubjekten, wie hinsichtlich der Öffentlichkeit eines Weges, einer Brücke, eines Gewässers,

---

Entscheidung darüber, ob ein Kind per subsequens matrimonium legitimirt ist. Nach dem Tode eines Parens kann diess nur im Entscheidungswege geschehen; vorher genügt die einfache Anzeige beim beurkundenden Matrikenführer. Indess ist selbst hier die Competenz der Verwaltungsbehörden nicht selten bestritten worden. Vgl. hiezu Mh. II, S. 288 und 306.

[34]) Es kann z. B. fraglich werden, ob ein Verband mehrerer Personen eine Wassergenossenschaft (V. G. H. 1032), ein politischer oder ein Erwerbsverein (R. G. 49), eine privatrechtliche Gesellschaft oder eine politische Gemeinde (V. G. H. 739), eine politische oder eine Cultusgemeinde (V. G. H. 244), eine „gesetzlich anerkannte Religionsgesellschaft“ sei u. dgl.

[35]) Um diese Frage handelt es sich wesentlich, wenngleich der äussere Anlass behördlicher Intervention (der „Fall“, um den es sich in concreto dreht) die Taufe, Beschneidung, Erteilung des Religionsunterrichtes u. dgl. ist.

[36]) Wie Ulbrich (Öst. St. R. S. 439) anzunehmen scheint, indem er bemerkt: „Anerkennung öffentlicher Zustandsrechte, z. B. der Staatsbürger„schaft, des Heimatsrechtes wirkt gegen Jedermann; sie äussert überdiess (?) „ihre Rückwirkung auf die Familienangehörigen desjenigen, dessen Recht „anerkannt worden ist. Bei sonstigen Verfügungen erschöpft sich dagegen „die Wirksamkeit für die einzelne Person.“ Sonderbar ist, was Stengel (Die Organisation S. 507) in der Sache bemerkt: „Eine Ausname liegt nur „in solchen Fällen vor, wo nach der Natur des im Streit befindlichen Rechts„verhältnisses das ergehende Urteil von selbst (?) für Dritte seine Wir„kung äussert, wie auch im Civilprocess des gegen den Testamentserben „ergehende, die Nichtigkeit des Testamentes aussprechende Urteil zugleich „gegen die Legatare wirksam ist. Diese Ausname ist jedoch nur eine „scheinbare, da sie auch dann eintritt, wenn eine Beiladung nicht „erfolgt ist.“ Ich verstehe nicht, was damit gemeint ist.

der Zugehörigkeit eines Grundstücks zu einem Gemeinde- oder Jagd-Gebiete, hinsichtlich der Realeigenschaft eines Gewerbes und aller anderen öffentlichen Rechtsverhältnisse, mögen einander auch zwei oder mehrere rechtliche Interessenten gegenüberstehen. Dieser letztere Umstand hat nur die Consequenz, dass die Behörde gezwungen ist, alle rechtlichen Interessenten mit Parteirechten auszustatten, alle übrigen haben kein „jus agendi", werden daher durch die Behörde selbst vertreten, durch ihre Entscheidung folgerichtig auch gebunden, wie diess hinsichtlich der strafgerichtlichen Entscheidungen von jeher anerkannt war.

Verwickelter wird die Sache, wenn es sich um Interessen dreht, die zwar von der Rechtsordnung als „öffentliche" anerkannt, aber doch nicht die der Gesammtheit sind. Es bilden sich überall lokale Interessen-Centren, deren einzelne entweder vermöge ihrer Wichtigkeit oder vermöge ihrer subjektiven Ausdehnung oder aber vermöge ihrer durch natürliche Zustände bedingten Zusammengehörigkeit zu autonomen Verwaltungskörpern erhoben werden. Indem der Staat die Organe dieser Selbstverwaltungskörper damit betraut, eine bestimmte Interessensphäre zu verwalten, überträgt er sein Recht auf die Verwaltung an diese Organe, die nunmehr in seinem Namen verwalten. Ihre Aktion bleibt zwar der Oberaufsicht der staatlichen Behörden unterworfen, wenn auch nur, insoferne es sich um die Verhütung von Gesetzwidrigkeiten handelt; dafür leiht er ihnen auch seinen Arm zur nötigenfalls zwangsweisen Verwirklichung des von ihnen gesetzten und gefundenen Rechts.[37])

Hiedurch verliert der Einzelne sein jus agendi in derlei Sachen. Der Staat darf nicht zugeben, dass der Privatmann öffentliche Interessen verfolge; nur seinen eigenen und den von ihm dazu ermächtigten Organen der Selbstverwaltung kann er diess Recht zugestehen. Faktische Interessenten besitzen lediglich die Befugnis, ihre Wünsche und Beschwerden den competenten Verwaltungsorganen bekannt zu geben[38]); ob und wie die letzteren diese Wünsche erledigen, das entzieht sich der Ingerenz der einzelnen Interessenten vollständig.

Diess Verhältnis findet seinen juristischen Ausdruck darin, dass die Organe, die staatlicherseits zur Verwaltung gewisser Interessen eingesetzt oder delegirt sind, nunmehr selbst als Subjekte rechtlicher Interessen erscheinen, dass diese Organe daher alle Pflichten,

---

[37]) Stein, Die vollziehende Gewalt, 1869, I, 2, S. 127 ff.

[38]) Das Recht dazu ist rein formeller Natur, als solches aber von hoher Wichtigkeit. Es gelangt im Petitionsrecht, in den verschiedenen „Kammern" (boards, die gewisse specifische Gruppen von Interessen zu urgiren haben) und in den Enqueten zum Ausdruck.

wie sie sonst den Parteien zukommen, tragen und alle ihre Rechte ausüben.[39])

Handelt es sich nun um Feststellung von Rechtsverhältnissen, bei welchen Selbstverwaltungskörper als rechtliche Interessenten zu interveniren haben, so bindet folglich die Entscheidung alle Genossen des autonomen Verbandes, obwol sie auf die Verhandlung Einfluss zu nehmen nicht in der Lage waren.[39a]) Die Entscheidung hat also auch gegen diese letzteren absolute Wirkung.

Einige Beispiele werden die Sache klar machen.

Nach österreichischem Recht obliegt der Gemeindevertretung die „freie Verwaltung der auf den Gemeindeverband sich beziehenden Angelegenheiten"[40]), sowie des Armenwesens.[41]) In dem Verfaren, das der Entscheidung über das Heimatsrecht vorhergeht, sind daher die Gemeindevertretungen jener Orte, hinsichtlich deren das Heimatsrecht fraglich wurde, als rechtliche Interessenten anzusehen; die Entscheidung der politischen Behörde bindet deshalb alle einzelnen Gemeindeglieder.[42]) Ebenso erwachsen den Gemeindeangehörigen aus der Entscheidung wie Last so Vorteil, wenn die Öffentlichkeit eines Weges[43]) oder das Gegenteil im Entscheidungswege festgestellt oder

---

[39]) Hiedurch ist das diesen Gebilden eigentümliche Merkmal charakterisirt; sie fungiren als Vertreter einer gewissen Interessengruppe, verwalten aber deren Interessen nicht als Mandatare ihrer Träger (ständisches Prinzip), sondern als Mandatare des Staates. Ob diese Doppelstellung wirklich so durchführbar ist, wie man sich's seiner Zeit zu denken versuchte, bleibt freilich mehr als zweifelhaft.

[39a]) § 75 der badischen Vollzugsvorschrift: „Bei Streitigkeiten über Bei„träge zu öffentlichen Lasten gilt nur der Verband, welcher den Beitrag „anfordert, sowie die einzelnen Steuerpflichtigen, um deren Beiträge es sich „handelt, nicht aber auch die übrigen Steuerpflichtigen als rechtlich interessirt."

[40]) Art. V, al. 1 des Gem. Ges. vom 5. März 1862.

[41]) Al. 8 c. l.

[42]) Man vergleiche dagegen die analogen Rechtswirkungen des gegen die Gemeinde ergangenen gerichtlichen Urteils in Privatrechtsangelegenheiten. Ein solches bindet nur die Gemeinde als solche (Förster, Theorie und Praxis des h. g. preuss. Rechts, 1869, S. 268), sonst aber Niemand, weder Angehörige derselben Gemeinde noch Fremde.

[43]) Vgl. Art. V, al. 3 des Gem. Ges. v. 5. März 1862. Zur Entscheidung darüber sind in einzelnen Ländern die politischen Behörden (Mähren), in anderen die Bezirksstrassenausschüsse (Niederösterreich) oder Gemeindevorstehungen berufen. Hie und da wird auch der Rechtsweg zugelassen. Vgl. Mh. III, S. 196 ff. und S. 310; Sarwey, Das öffentl. R. S. 505 und 596; dann E. des D. R. G. v. 24. Novbr. 1879 (Hartmanns Ztschr. 1880, S. 218) und E. des preuss. O. V. G. v. 20. Febr. 1878 (Samml. III, S. 186).

wenn über die Zugehörigkeit eines Grundstückes zu einer Gemeinde judizirt[44]), das Mass des Wasserbedarfs einer Gemeinde festgesetzt[45]), eine bestimmte Communalauflage als zulässig oder unzulässig erklärt[46]), eine Schule als notwendig erkannt wurde u. s. w., gleichviel ob die Gemeindevertretung die Interessen der Commune im Process gut oder schlecht gewahrt hat. Dieselbe obligatorische Vertretung finden die Besitzer jagdbarer Grundstücke durch die Ortsgemeinde (V. G. H. 1974; Böhmen ausgenommen) und ähnlich verhält es sich mit den Angehörigen der Pfarrgemeinden, deren Vertretung provisorisch die Ortsgemeindevertretungen zu besorgen haben.[47]) Indess fungiren nicht nur die Gemeinden, sondern auch die Religionsgesellschaften in Österreich als Selbstverwaltungskörper[48]), so dass deren gesetzmässige Vertretungen in gewissen Fällen als rechtliche Interessenten zu behandeln sind.[49])

---

[44]) Vgl. § 26 des preuss. Ges. v. 1. August 1883, welche Gesetzesstelle mit § 41 des Comp. Ges. identisch ist. Die amtlichen Motive zu letzterem Gesetze bemerkten zu § 41: „Zweck des § 41 ist die allgemeine und end„giltige Feststellung der Grenzen. Es soll ausnamsweise Recht gesprochen „werden nicht allein inter partes, sondern inter omnes.“ Ob gerade hier eine Ausname gerechtfertigt wäre, bleibe dahingestellt. Übermässige Bedeutung wird man diesem verfehlten Ausspruch kaum beilegen können.

[45]) § 19 Wass. Gesetz (P.) und Art. V, al. 5 und 9 Gem. Ges. Vgl. hiezu die E. des Ackb. Min. vom 8. April 1878 (Peyrer, W. R. S. 248).

[46]) Vgl. z. B. V. G. H. 232. Die Entscheidung über die Zulässigkeit einer solchen Abgabe bindet alle Abgabenpflichtigen (vgl. § 75 der bad. Vollz. V. zum Gesetz vom 5. Oktober 1863). Dasselbe gilt nach österreichischem Recht in den Fällen, wenn eine Gemeinde in eine Hauszinssteuerklasse eingereiht wird. Das Gesetz vom 9. Februar 1882 räumt hier ausnamsweise den Hausbesitzern des Ortes (aber auch nur diesen) rechtliche Interessen ein, indem es sie als recursberechtigt erklärt.

[47]) Diess normirt die Vdg. des M. f. C. und U. v. 31. Dezbr. 1877, R. G. Bl. Nr. 3. Die Competenz der Verordnungsgewalt im vorliegenden Fall ist wol mehr als zweifelhaft, zumal § 37 des Ges. v. 20. Mai 1874, No. 68, die Regelung der einschlägigen Verhältnisse ausdrücklich einem Gesetze vorbehielt.

[48]) § 23 des Ges. vom 20. Mai 1874, Nr. 68. Bezüglich der israelitischen Cultusgemeinden vgl. Mh. II, S. 1036.

[49]) So in vermögensrechtlichen Angelegenheiten (Ges. v. 20. Mai 1874, Nr. 68, §§ 38 und 45), hinsichtlich kirchlicher Stiftungen (ebenda § 47), dann betreffs der religiösen Erziehung der Kinder (Art. III des Ges. vom 25. Mai 1868, No. 49 und § 116 des Prot. Pat. vom 23. Jänner 1866, No. 15, durch welche Gesetze das nach § 178 allg. bgl. G. B. ehedem der Staatsverwaltung zugestandene Recht, von Amtswegen für die religiöse Erziehung zu sorgen, aufgehoben und von dem Einschreiten der kirchlichen Funktionäre abhängig geworden sein soll, wie ein Anonymus in Samitsch' Ztschr. I, S. 295 behauptet); nicht mehr jedoch in Ehesachen (E. d. M. f. C. M. vom 8. Febr.

Durch die Intervention derselben im administrativen Process werden alle Religionsgenossen an die Entscheidung gebunden.[50][51] Wo immer also die Rechtsordnung ein öffentliches Interesse der Obhut autonomer Verwaltungsorgane überantwortet hat, werden sämmtliche einzelnen Träger solcher Interessen durch die Aktion ihrer Organe gebunden, sie erwerben dafür auch alle Rechte aus derselben: die Entscheidung hat auch hier absolute Kraft; allein diese Rechtswirkung hat zur unerlässlichen Voraussetzung, dass das von der Rechtsordnung bestellte Organ jener Interessen dem administrativen Verfaren als Partei zugezogen wurde. Wann nun ein solches öffentliches Interesse vorliegt, welches die Einzelnen der selbstständigen Aktionsmöglichkeit beraubt, das lässt sich allgemein nicht bestimmen. Es hängt diess mit der Lehre vom rechtlichen Interesse zusammen, deren eingehendere Darstellung einem anderen Anlasse vorbehalten bleiben möge.

Hiemit glauben wir den Satz, dass in Verwaltungssachen die Entscheidung gegen Jedermann Judikatswirkung besitzt, nachgewiesen zu haben.

---

1875, Z. f. V. 1875, S. 32). Daraus folgt, dass einzelne Religionsgenossen zur Erhebung der Beschwerde an das Reichsgericht wegen Verletzung des in Art. XV des St. G. B. vom 21. Dezbr. 1867, No. 142, den gesetzlich anerkannten Kirchen gewährten Rechtes nicht aktiv legitimirt sind. R. G. 130.

[50]) Wurden den Cultusorganen die Parteirechte versagt, so liegt Nullität vor, die als replicatio gegenüber der Einwendung der entschiedenen Sache geltend gemacht werden kann, wie diess in V. G. H. 609 geschah.

Derselbe Satz ist hinsichtlich einer israelitischen Cultusgemeinde ausgesprochen in der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes No. 106 der nach § 6 gef. Erk. („Nur die Zustellung des Urteils an den gesetzmässigen Cultusvorstand bewirkt formelle und somit auch materielle Rechtskraft.“)

[51]) Nicht alle Interessen, die eine grosse Menge gleichmässig berühren, besitzen jedoch eine derartige Organisation, deren Vertretung die Einzelrechte in sich aufgehen lässt. Das interessanteste Beispiel dieser Art sind wol die Nationalitäten. „Der Organismus der Nationalitäten ist ein so unvollendeter, „dass das Subjekt der Gesammtheit rechtlich unfassbar ist. Es hiesse die „nationalen Interessen, welche die Verfassung unter ihre besondere Obsorge „nehmen wollte, völlig schutzlos erklären, wenn man die nationale Gesammt-„persönlichkeit als das klagberechtigte Subjekt auffassen würde.“ Hugelmann in der Z. f. V., 1877, S. 163. Vgl. dazu ders. 1877, S. 195. Übereinstimmend Bidermann in Grünhut's Zeitschrift IX, S. 122; Ulbrich, St. R. S. 111. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht einzelnen Angehörigen einer Nationalität (R. G. 203), ein anderesmal einem Vereine (R. G. 265) die Beschwerdelegitimation wegen Verletzung der in Art. XIX des St. G. G. v. 21. Dezbr. 1867, Nr. 142, statuirten Gleichberechtigung der Nationalitäten zuerkannt. Diese ganze Materie befindet sich in embryonalem Zustande.

Nunmehr ist noch die Frage zu besprechen, welche Rechtslage entsteht, wenn ein rechtlicher Interessent nicht in die Lage kam, seine processualen Rechte auszuüben.

Hier sind zwei Eventualitäten möglich. Es kann entweder der Tatbestand, welcher das rechtliche Interesse erzeugt, schon zur Zeit der Entscheidung vorhanden und bekannt gewesen sein oder es kann dieser Tatbestand erst später entstehen, oder auch erst nachträglich dem Übergangenen zur Kenntnis kommen.

Im ersteren Fall liegt ein Fall relativer Nullität vor.[52]) Das will besagen, dass der Übergangene — aber auch blos dieser — die Entscheidung entweder direkt im Wege einer Nullitätsquerel anfechten oder ihre Nichtigkeit dem Vollstreckungsmandat oder einer anderen in Verfolg jener Entscheidung ergehenden Akte entgegenstellen kann.[53])

[52]) Ich wähle diesen Ausdruck mit Vorbedacht, wenngleich vielleicht Manche hier von „Anfechtbarkeit" zu sprechen vorziehen würden. Das Bedenken Bülow's (Arch. f. civ. Pr. LXII, S. 77), dass es sonderbar sei, einem Existirenden die Eigenschaft des „rechtlich nicht Existirens" zuzuschreiben, wird wol durch die Erwägung entkräftet, dass es hier reale „Existenzen" überhaupt nicht gibt (vgl. Burckhard II, S. 433, 437). Der praktische Unterschied zwischen relativer Nullität und Anfechtbarkeit liegt darin, dass diese ex nunc, jene ex tunc wirkt. Wäre die Entscheidung blos anfechtbar, so müssten die zwischen den Parteien des vorangegangenen Processes durch die Entscheidung geschaffenen Rechtsverhältnisse bis zur Rescission stets aufrecht bleiben und auch späterhin rechtliche Wirkungen üben, was gewiss nicht zutrifft. Es können z. B. die auf Grund einer nichtigen Entscheidung gewährten Rechte, wie Concessionen oder andere rechtserzeugende Akte wieder entzogen werden, wenn es der Übergangene verlangt; die Anfechtbarkeit würde eine solche Wirkung hingegen nicht nach sich ziehen. Deshalb ist denn auch in allen einschlägigen Gesetzen (inbegrifflich der Civilprocessordnungen) die rechtswidrige Versagung von Parteirechten ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund bezeichnet.

Was die Relativität der hier besprochenen Nichtigkeit anbetrifft, so wird sich die Bedeutung dieses Begriffs aus den in § 16 enthaltenen Ausführungen ergeben.

Es ist übrigens zu bemerken, dass hie und da (so im badischen Recht) dieser Nichtigkeitsgrund als Fall der Wiederaufname aufgefasst wird.

[53]) Die relative Nullität einer derartigen Entscheidung wird anerkannt von Rösler in Grünhut's Ztschr. IV, S. 342. Samitsch (in seiner Ztschr. II, S. 154) will der Entscheidung (er spricht allerdings nur vom österr. V. G. H.) dem übergangenen Dritten gegenüber materielle Rechtskraft dann zuschreiben, wenn derselbe später zur Kenntnis der Entscheidung gelangte. Samitsch übersieht dabei, dass das österreichische Recht die tierce opposition nicht kennt und insbesondere auch in keinem Gesetze eine präklusivische Anfechtungsfrist fixirt ist. Prazak (in Hartmanns Ztschr. I, S. 126) rügt mit Recht, dass das österr. Recht Nichts über die Wirkungen der unterlassenen Zuziehung Drittbeteiligter enthält. „So wünschenswert es sei",

Relativ ist die Nullität, weil blos der Übergangene zur Geltendmachung derselben berechtigt ist, woraus sich ergibt, dass die Spruchbehörden und Rechtsmittelinstanzen von Amtswegen darauf keine Rücksicht nehmen dürfen.[54]) Es ist daher der Verzicht auf diesen Nullitätsgrund zulässig. Wann ein solcher Verzicht anzunehmen sei, das ist quaestio facti; es gelten diessbezüglich die für die Interpretation conkludenter Handlungen überhaupt geltenden Sätze.[55]) Aus der blossen (ausseramtlichen) Kenntnisname des Aktes lässt sich meines Erachtens ein

---

bemerkt er, „dass die Entscheidung des V. G. H. nicht durch das Beharren „des übergangenen Dritten auf seinem Rechte paralysirt würde, so sei es „doch unmöglich, dass Jemand ungehört seiner Rechte verlustig gehe." Diess ist gewiss der einzig richtige Standpunkt; den sich dabei ergebenden Schwierigkeiten entgeht man wol nur, wenn man die im Texte gemachte Unterscheidung zwischen an sich correktem und an sich incorrektem Vorgang bei Übergehung des Dritten acceptirt, wovon sogleich des Näheren gehandelt werden wird.

Wenn Prazak a. a. O. den Satz der offiziellen Motive zum Gesetze v. 22. Okt. 1875 (Kaserer S. 35) betreffs der Baulast als unrichtig bezeichnet, so kann ich dem nicht beistimmen; mitentschieden ist freilich über die Leistungspflicht der Eingepfarrten; allein die Entscheidung ist eben den Letzteren gegenüber nichtig.

Sehr leicht hat sich die Sache Exterde (Z. f. V., 1871, Nr. 35) gemacht; er bemert lakonisch: „Das Urteil (?) wirkt auch gegen Mitinteressenten."

54) Nimmt die höhere Behörde oder auch der V. G. H. einen derartigen Mangel wahr, so ist zunächt der übergangene Dritte beizuladen. Falls derselbe die Nichtigkeit einwendet, wird das Verfaren allerdings wegen eines wesentlichen Formfehlers cassirt werden müssen. Im anderen Fall jedoch, wenn sich also der Übergangene in das Meritum einlässt und auf die Geltendmachung dieser Nichtigkeit verzichtet, hat die höhere Behörde das Meritalerkenntnis zu fällen. Es ist daher ungenau, wenn gesagt wird, die Entscheidung habe dem übergangenen Dritten gegenüber keine Geltung. Es liegt nur in seiner Macht, diese Geltung auszuschliessen.

Der entgegengesetzte Satz ist in den Motiven zu V. G. H. 394 ausgesprochen, indem dort behauptet wird, die Aufsichtsbehörde habe eine rechtskräftig gewordene Entscheidung von Amtswegen beheben können, weil nicht alle rechtlichen Interessenten der Verhandlung beigezogen wurden. Allein so wie der Einzelne nicht öffentliche, so darf auch die Behörde nicht Einzelinteressen zur Geltung bringen: die Aufsichtsbehörde hat lediglich das Recht, dem übergangenen Dritten die Entscheidung ämtlich intimiren zu lassen; denn es ist ungewiss, ob nicht der Dritte den Recurs gegen die Entscheidung einzulegen unterlassen wird.

55) Durch die Unterlassung der Anfechtung von Akten, welche auf der Entscheidung als ihrer notwendigen Voraussetzung basiren, wird der Verzichtswille gewiss zur Genüge manifestirt. Daher begründet die unangefochten gelassene Zwangsvollstreckung allerdings Präklusion (E. d. pr. O. V. G. v. 2. Juni 1877, Samml. II, S. 447).

derartiger Verzicht nicht deduziren, es wäre denn eine gesetzliche Bestimmung vorhanden, welche an das Schweigen in diesem Falle die Fiktion des Verzichtswillens knüpft. Eine solche Norm existirt aber im österreichischen Rechte nicht; von einem fingirten Verzichte kann man hier schon deshalb nicht sprechen, weil die unerlässliche Voraussetzung einer derartigen gesetzlichen Bestimmung die Statuirung einer Präklusivfrist wäre, innerhalb welcher das Schweigen gebrochen werden muss. Andernfalls liesse sich das Recht des übergangenen Dritten leicht illusorisch machen; denn mit der nachträglichen Intimation des Aktes wäre die Nichtigkeit stets sanirt. Dagegen verwirkt der übergangene Dritte sein Recht allerdings, wenn ihm der Akt nachträglich amtlich intimirt wurde und er die Frist zur Anbringung seiner Rechtsmittel versäumte.

Etwas complicirter wird die Sache, wenn mehrere rechtliche Interessenten vorhanden sind, das Verfaren aber nur mit einem oder einigen unter ihnen durchgeführt wurde. In einem solchen Falle ist die neue Entscheidung auf die frühere blos dann ohne Einfluss, wenn eine verschiedenartige Regelung derselben Sache den verschiedenen Parteien gegenüber möglich ist. Handelt es sich dagegen um eine Sache, bei welcher divergirende Feststellungen mit der Natur der bezüglichen Rechtsverhältnisse unvereinbar sind, so wirkt die neue Entscheidung ipso jure auf die frühere und die früheren Parteien zurück, steht also einer formellen Cassation der Entscheidung gleich.

Beispiele der ersteren Eventualität können sich ergeben bei Feststellung von Nutzungsrechten am Gemeindegut. Wie aus mehreren Erkenntnissen des V. G. H. (No. 137, 995 u. a. m., dann Nr. 107 der nach § 6 gef. Erk. dess.) hervorgeht, scheint es in solchem Falle eine feststehende Praxis der österreichischen Verwaltungsbehörden zu sein, das Verfaren nicht mit allen in gleicher Rechtslage befindlichen Personen, also z. B. nicht mit allen Kleinhäuslern, nicht mit allen Bestifteten zugleich durchzuführen, sondern das einemal mit diesem, das anderemal mit jenem, so dass auf diesem Wege häufig einander widersprechende Entscheidungen eines und desselben Rechtsverhältnisses erfolgen. In Folge dessen gelingt es in einer solchen Sache nicht, rem judicatam inter omnes zu erzielen, weil ja jeder Nutzungsberechtigte in der Sache die gleichen Rechte hat.[56]) Diese Praxis widerspricht

[56]) „In der Sache" die gleichen Rechte hat: durch diess Moment unterscheidet sich die vorliegende Rechtslage von anderweitigen Situationen, in denen die Identität des Objektes des Rechtsverhältnisses fehlt, z. B. dem Verhältnis mehrerer zur Zalung derselben Art von Steuer Verpflichteten unter einander. Während hier so viel Rechtsverhältnisse als Steuerzaler

eine ganze Reihe änderer Fragen, die Abschaffung des A aus einer Ortschaft, das Anrecht desselben auf eine Stiftung, das Recht der Gemeinde B auf Ersatz von Verpflegskosten u. s. w. massgebend werden. Es wäre ein Ding der Unmöglichkeit, alle Fälle dieser Art im Voraus zu berechnen.

Es gibt aber freilich auch eine Reihe von Fällen, in welchen sich der Einfluss der Entscheidung auf die Rechtsverhältnisse schon derzeit mit Sicherheit feststellen lässt.

So muss die Entscheidung über das Propinationsrecht nicht nur dem Pächter der Propination, sondern auch dem Gutsherrn, die Entscheidung, womit die Errichtung einer Schule angeordnet wird, auch sämmtliche Gemeindegenossen, deren Umlagen sich dadurch erhöhen, die Entscheidung über die Conkurrenz zu einem Kirchenbau die Pfarrgemeinde, den Patron und den Benefizianten tangiren u. s. w. Ob diese Drittbeteiligten durch das Erkenntnis gebunden werden, ohne dass sie als Parteien im Process intervenirten, das richtet sich danach, ob die Rechtsordnung ihnen ein rechtliches oder blos ein faktisches Interesse einräumt.

Damit gelangen wir zu der zweiten der oben S. 201 erwähnten Eventualitäten, dass nämlich der Tatbestand, der ein rechtliches Interesse erzeugt, erst nach der Entscheidung entsteht oder der Partei bekannt wird.

Vorerst sei bemerkt, dass der letztere Fall an anderer Stelle besprochen wird, da er unter den Gesichtspunkt der Wiederaufname zu bringen ist.

Im ersteren Fall liegt die Sache so, dass aus einem faktischen, vielleicht sehr entfernten Interesse durch irgend ein äusseres Ereignis ein rechtliches Interesse entsteht. Nun scheint es freilich manchmal hart zu sein, wenn ein bisher ganz unbeteiligter Dritter, der auf das Verfaren gar keine Ingerenz nehmen konnte, durch eine fremden Personen gegenüber ergangene Entscheidung gebunden sein soll. Allein zu noch viel schlimmeren, ja ganz unerträglichen Härten würde die entgegengesetzte Anname führen. Sie hätte zur Conseqnenz, dass der sichere Bestand der aus der res judicata wolerworbenen Rechte von dem Zufall abhinge, dass in den Subjekten des Rechtsverhältnisses kein Wechsel eintritt. Mit jedem Subjektswechsel müssten sich die übrigen Interessenten der Gefar einer neuen Entscheidung aussetzen. Es bedarf keiner Auseinandersetzung, dass damit der leitende Gesichtspunkt in der ganzen Materie, die Herstellung tunlichster Rechtssicherheit, auf den Kopf gestellt wäre.

Während also die Übergehung eines zur Zeit der Entscheidung bestehenden rechtlichen Interesses relative Nullität der Entscheidung bewirkt, bleibt der entfernter oder gar nicht Beteiligte durch die ohne seine Zuziehung erfolgte Entscheidung gebunden, auch wenn ihm nachträglich ein rechtliches Interesse an der Sache erwachsen würde.

Hiebei wird natürlich vorausgesetzt, dass sich in der Zwischenzeit nicht ein relevantes Tatbestandsmoment verändert hat, weil ja sonst von der Bedingung der materiellen Rechtskraft — der Identität des Rechtsverhältnisses — nicht die Rede sein könnte. Demgemäss wird z. B. die Entscheidung, dass der Besitzer eines Gutes katholische Patronatsrechte besitze, nicht hindern, dass der Nachfolger diese Rechte nicht ausüben kann, wenn er Jude ist; die Entscheidung äussert aber ihre Kraft wieder, wenn nachher wieder ein Katholik in den Besitz des Gutes gelangt.[61])

Identischen Tatbestand (bis auf den in dieser Richtung eben irrelevanten Subjektswechsel) vorausgesetzt, muss also jeder, der in ein öffentliches Rechtsverhältnis eintritt, alle aus der gegen den Vorgänger ergangenen Entscheidung entspringenden Imperative auf sich nehmen, er erwirbt aber auch alle Rechte daraus.

Dass zur Erklärung dieser Erscheinung der Satz nemo plus juris u. s. w. nicht ausreicht, ergibt sich daraus, dass die Judikatswirkungen sich nicht auf den Fall beschränken, dass die Erwerbsart eine derivative war. So wird Niemand bezweifeln, dass eine, nach correkt durchgeführtem Verfaren ergangene Entscheidung, dass nicht die Häusler, sondern nur die sogenannten „Bestifteten" einer Gemeinde Bürgernützungrechte besitzen, gegen und für Jeden wirken wird, der sich nach erflossener Entscheidung ein Kleinhaus baut. Oder: wenn eine Mühle von ihrem Besitzer derelinquirt würde, so ist es nicht wol bestreitbar, dass die gegenüber dem früheren Besitzer ergangene Entscheidung über die Höhe, bis zu welcher das Wasser gestaut werden darf, ihre Wirkung gegenüber dem Occupanten äussern müsste. Ebenso wäre die Sachlage beim Rechtserwerb durch Expropriation, Ersitzung, Zwangsversteigerung, Heimfall einer Eisenbahn an den Staat u. s. w. Nicht darum wird Jeder, der in ein öffentliches Rechtsverhältnis, sei es auf dem Wege derivativen oder originären Rechtserwerbes, eintritt, durch die gegen den Vorgänger erflossene Entscheidung gebunden, weil der Vorgänger nicht mehr Rechte übertragen konnte, als er selbst besass, sondern weil es die Natur der öffentlichen Rechtsverhältnisse mit

---

[61]) Ähnlich läge die Sache, wenn entschieden worden wäre, dass Jemand zu Cultusbeiträgen verpflichtet sei und hinterher ein Religionswechsel eintrat.

sich bringt, dass dieselben gegen den Subjektswechsel nicht reagiren. Damit soll nicht gesagt sein, dass nicht auch hier das Subjekt des Rechtsverhältnisses ein Individualisirungsmoment desselben sein kann (vgl. oben S. 172), sondern, dass es hier Lebensbeziehungen gibt, deren Continuität die Rechtsordnung anerkannt wissen will, obwol sich ein Wechsel der Rechtssubjekte vollzog. Statuirt sie die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses, trotz dieses Subjektswechsels, so eliminirt sie damit das Subjekt des Rechtsverhältnisses als individualisirendes Moment und es geht dann der Gesammtcomplex aller Befugnisse und Pflichten auf den Nachfolger über, nicht auf Grund eines Willensaktes des Vorgängers, sondern auf Grund einer der Privatdisposition nicht unterliegenden Gesetzesnorm. Deshalb gehen öffentlich-rechtliche Lasten[62]) und die ihnen ent-

---

[62]) Dauernde Rechtsverhältnisse gehen daher dann, wenn sie dem öffentlichen Recht angehören, auf die jeweiligen Subjekte derselben über, z. B. die Pflicht zur Zalung wassergenossenschaftlicher Beiträge (E. d. A. M. v. 22. März 1878; Peyrer, W. R. S. 476 — a. A. F. F. Mayer a. a. O. S. 451); von Grundentlastungscapitalien (E. d. obst. G. H. v. 2. Nov. 1858, Mh. III, S. 401); Wasserbauconkurrenz-Beiträgen (E. d. obst. G. H. v. 13. Febr. 1878 Z. f. V. 1879, S. 96) u. s. w.

Die Frage, welche Lasten noch den Vorgänger treffen, kann ziemlich schwierig werden. Es ist dafür nur der Zeitpunkt massgebend, wann der rechtserzeugende Tatbestand entsteht; die Pflicht zur Zalung einzelner Leistungen, Beiträge, Zinsen, Kosten u. s. w. geht daher auf den Nachfolger nicht über, wenn die Fälligkeit der letzteren vor dem Subjektswechsel erfolgte. Die Patronatsbaulast, nicht aber die Pflicht zu einzelnen Conkurrenzleistungen, die aus einem Verschulden des Vorgängers entstanden, treffen den Besitznachfolger: V. G. H. 460; denn der rechtserzeugende Faktor ist hier das Verschulden des Patrons. In diesem Sinne glaube ich die Frage bei wasserrechtlichen Vertretungs- und Prozesskosten beantworten zu sollen (a. A. E. d. A. M. v. 19. Jänner 1877, Z. f. V. 1877, S. 132). Ähnlich der Fall V. G. H. 925 u. 929, wo es sich um Kosten der Grenzbeschreibung und Vermarkung von im Wege der Servitutenablösung nach dem Patent v. 5. Juli 1853, No. 130 von Gutskörpern abgetrennten Grundäquivalenten handelte. Die Pflichtigkeit des Rechtsnachfolgers zur Bezalung dieser Kosten wurde vom V. G. H. mit Recht negirt.

Selbstverständlich kann ein Straferkenntnis, da ja doch der rechtserzeugende Tatbestand ausschliesslich auf einem Verschulden beruht, auf den Nachfolger des Gutsbesitzers, gegen den das Erk. erging, nicht wirken. Es ist freilich nicht immer zweifellos, ob ein Straferkenntnis vorlag oder nicht, weil die Behörden — wenigstens die österreichischen — sich selber oft genug während ihrer Aktion darüber im Unklaren befinden. Ein Muster confusen Durcheinanderwerfens des polizeilichen und (polizei-) strafrechtlichen Gesichtspunktes bieten beispielsweise die Motive der E. d. M. d. I. v. 31. Mai 1881 (Z. f. V. 1881, S. 125). Zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen das den Besitzvorgänger treffende Straferkenntnis ist der Nachfolger nicht aktiv legitimirt (E. d. Statth. Wien v. 5. Aug. 1882. Z. f. V. 1882, S. 236).

sprechenden Rechte[63]) ipso jure auf alle Nachfolger im Besitze einer Sache oder eines Rechtes über, ohne dass es einer bücherlichen Eintragung (soferne nicht das Gegenteil ausdrücklich festgesetzt ist)[64]) bedürfte[65]); Verpflichtungserklärungen des Vorfarers binden alle Besitz-

---

[63]) Ausdrücklich ist diess blos für's Wasserrecht ausgesprochen in § 25 Wass. Ges. (P.); vgl. dazu V. G. H. 2327 u. 2366.

Hinsichtlich der Gewerbebefugnisse ist zu unterscheiden zwischen dem persönlichen Recht auf den Gewerbebetrieb und dem Recht, die gewerbliche Betriebsanlage zu benützen. Die persönliche Concession erlischt prinzipiell (Ausname § 56 al. 4 Gew. O.) mit dem Tode des Inhabers oder dem anderweitigen Aufhören seiner Persönlichkeit (Verlust des Corporationsrechts, E. d. M. d. I. v. 1. Aug. 1882, Z. f. V., 1883, S. 14) oder seines Rechtes; der Consens zur Betriebsanlage dagegen wirkt gegen und für alle Rechtsnachfolger (V. G. H. 963). Merkwürdig daher V. G. H. 130: Die gegen den Besitzvorgänger des Beschwerdeführers hinsichtlich der Zulässigkeit einer wasserrechtlichen Betriebsanlage ergangene Entscheidung ist gegen den Besitznachfolger nicht wirksam, weil „derselbe der bezüglichen Verhandlung weder zugezogen noch ihm das Erkenntnis zugestellt wurde". Wie soll wol die Behörde voraussehen, an welche Besitznachfolger die Anlage gelangen wird, und wie sie verständigen? Und der einfache Besitzwechsel beim Anrainer A genügte, um allemal den Nachbarn zu zwingen, aus diesem Anlass einen neuen Betriebsconsens zu lösen?? Anders und richtig V. G. H. 1261 (hinsichtlich eines Wasserbenützungsrechtes) und 963 (hinsichtlich einer gewerblichen Betriebsanlage), dann E. d. deutschen R. G. v. 11. Juni 1881 (Reger II, S. 93) hinsichtlich der Stauhöhe. Ein interessantes Beispiel eines auf den Rechtsnachfolger übergehenden Rechtes ist die Befugnis von Gewerbtreibenden zur Führung des kaiserlichen Adlers im Schilde. Dieses Recht klebt am Etablissement, nicht an der Person (Brockhausen in der Z. f. V., 1883, S. 25; s. auch H. M. E. vom 28. März 1878, Z. f. V., 1878, S. 97).

[64]) Wie diess zum Teile hinsichtlich der Bergbücher der Fall ist.

[65]) Diese Frage ist allerdings bestritten; bisher ist dieselbe unter dem verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkte nicht betrachtet worden. Die im Text gegebene Darstellung folgt m. E. von selbst aus dem Unterschied zwischen rechtlichem und faktischem Interesse.

Vgl. Schiffner, Öst. Civilrecht, 1879, 4. Heft, S. 45; Randa, Eigentum, 1884, S. 437, Note 10. Consequent ist die grundbücherliche Eintragung öffentlich-rechtlicher Verbindlichkeiten als unzulässig zu erklären. Anders E. d. Ackb. M. v. 2. Novbr. 1882, Z. f. V., 1882, S. 227 hinsichtlich der Aufforstungsverbindlichkeit. Dafür ist m. E. die grundbücherliche Eintragung auch nicht erforderlich, damit der Besitznachfolger gebunden werde: V. G. H. 1177 (Leistung von Schulholz Seitens einer Gutsherrschaft); V. G. H. 1261 (wasserrechtliche Servituten); E. d. obst. G. H. v. 11. Jänner 1881 (Z. f. V., 1882, S. 177: Bauconsens). Demgemäss wären forstpolizeiliche Beschränkungen, Bannlegung, Wirtschaftsplan u. s. w. oder die Eintragung des Verzichtsreverses (wegen der innerhalb des Feuerrayons einer Eisenbahn erfolgenden Baues § 10 Eisenb. Conz. Ges. v. 14. Sept. 1854, Nr. 238) u. dgl. ebensowol überflüssig als unzulässig. Hinsichtlich der Wasserbenützungsrechte vgl.

nachfolger[66]), welch' letztere aber auch alle aus derlei Rechtsgeschäften entspringenden Rechte publici juris erwerben; Verfügungen der Behörden zur Durchführung eines im öffentlichen Recht basirenden Zweckes sind für die Besitznachfolger unanfechtbar, und gegen sie, sowie zu ihren Gunsten vollstreckbar.[67]) Die materielle Rechtskraft der Ent-

---

Peyrer, W. R. S. 286 (noch präziser S. 212), der die Eintragung für notwendig erachtet; hinsichtlich der Fischerreirechte desgleichen die E. d. obst. G. H. v. 10. Dezbr. 1861 (Gl.-U. III, S. 466).

Wenn öffentlich-rechtliche Reallasten durch ein Gesetz abgeschafft werden, so kann die Pflicht zu einzelnen Leistungen nur insoferne fortbestehen, als sie durch grundbücherliche Eintragung zu privatrechtlichen Servituten wurden. E. d. M. f. C. u. U. v. 20. März 1876, Mh. II, S. 61.

Die eingehende Behandlung der ganzen Frage hätte im System bei der Frage der Identität der Rechtsverhältnisse zu erfolgen.

[66]) Es ist diess eine bisher nirgends beachtete Erscheinung, welche sich auf allen Gebieten des öffentlichen Rechts vorfindet und die bei zu Grunde Legung von privatrechtlichen Grundsätzen unerklärlich ist.

So bindet der Souverän sich und seine Nachfolger zur Beobachtung der Verfassung (Art. I und IV des kais Diploms v. 20. Okt. 1860) und zur Beschwörung derselben (Art. VI des kais. Pat. v. 26. Febr. 1861); die Verwalter von Stiftungen binden sich und ihre Amtsnachfolger durch die diessbezügliche Erklärung des Stiftbriefes.

Ebenso bindet beispielsweise die Erklärung eines Gutsbesitzers, irgend eine öffentlich-rechtliche Leistung für alle Zukunft prästiren zu wollen (z. B. die Abgabe von Holz für die Schule, V. G. H. 1177), die Erklärung, einen Weg dem öffentlichen Gebrauche, ein Gebäude öffentlichen Zwecken widmen zu wollen, der Demolirungsrevers für Bauten im Festungsrayon, Verpflichtungserklärungen aus Anlass eines Bauconsenses (E. d. obst. G. H. v. 11. Jänner 1881, Z. f. V., 1882, S. 177) alle Nachfolger im Gutsbesitze, — Lasten, die durchweg der grundbücherlichen Eintragung bedürften, wenn sie privatrechtlicher Natur wären. Die Anname, welche sich bei Peyrer, W. R. S. 578, findet, dass es eigentlich die behördliche Genehmigung sei, welche diese Wirkung übe, ist durchaus nicht hinreichend; es gibt Erklärungen, die ohne solche Genehmigung wirken; und, selbst wenn dem anders wäre, so bliebe immer noch unaufgeklärt, wie so die behördliche Verfügung die Besitznachfolger zu binden im Stande ist. Massgebend ist, nach welchen Elementen sich die einzelnen Rechtsverhältnisse individualisiren, worüber für das Gebiet des öffentlichen Rechts alle Vorarbeiten fehlen. Vgl. die interessanten Bemerkungen über die allerdings hieher gehörigen Bannrechte und die Propination bei Schey in Grünhut's Ztschr. IX, S. 402.

[67]) Diess wird ausdrücklich anerkannt in V. G. H. 804 (Bauauftrag), 873 (Niveauregulirung eines Lichthofes), V. G. H. 2405 (wasserrechtliche Servituten), V. G. H. 1342 (feuerpolizeilicher Bauauftrag); ebenso indirekt in Nr. 165 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.

Anders und entschieden falsch: E. d. M. d. I. v. 31. Mai 1881 (Z. f. V., 1881, S. 125): Brunnenreinigungsauftrag aus sanitären Gründen.

An dieser Stelle ist auch der oft besprochenen Frage zu gedenken, ob Bau- und Regulirungspläne die Besitznachfolger binden. Nach dem Gesagten

scheidung zum Nachteil und zum Vorteil der Nachfolger ist nur eine der Äusserungen dieses allgemeinen Prinzips.

Bei der bisherigen Darstellung haben wir absichtlich die Prüfung des subjektiven Umfangs der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile ausser Acht gelassen. Da sich gerade in diesem Punkte in den deutschen Reformgesetzen einschlägige Bestimmungen finden, so halte ich es für angezeigt, vorerst diese letzteren in Betracht zu ziehen.

Zunächst ist zu bemerken, dass einige dieser Gesetze Normen über die Beiladung Drittbeteiligter enthalten.

So normirt die Vollz. Instr. vom 12. Juli 1864 zum badischen Gesetz vom 5. Oktober 1863 hinsichtlich des Verfarens vor den Verwaltungsgerichten folgendes: „Die Beiladung solcher Beteiligter, deren „Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, findet „von Amtswegen statt." Das preussische Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 besagt in § 70[68]: „Das (Ver-„waltungs-) Gericht kann auf Antrag oder von Amtswegen die Bei-„ladung Dritter, deren Interesse durch die zu erlassende Entschei-„dung berührt wird, verfügen." Das württembergische Gesetz vom 16. Dezbr. 1876 ermächtigt in Art. 64 den Verwaltungsgerichtshof „auf Antrag oder von Amtswegen die Beiladung Dritter zu ver-„fügen, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung „berührt wird." Das bayrische Gesetz vom 8. August 1878 spricht wiederholt von „Beteiligten" und verfügt in Art. 23 hinsichtlich des Verfarens in Verwaltungsrechtssachen[69], dass „die einkommenden „Beschwerden von der ersten Instanz den übrigen an der Sache „Beteiligten zur Kenntnisname und Wahrung ihrer Interessen in Ab-„schrift mitgeteilt werden sollen".[70] Art. 27 verordnet, dass die

---

ist die Frage zu bejahen. E. d. Berl. O. Trib. v. 29. Novbr. 1877 (Hartmann's Ztschr., 1879, S. 510) und v. 10. Juli 1877 (ebda. 1878, S. 267). Vgl. zu dieser Frage Gneist in Hartmann's Ztschr., 1878, S. 297; Peyscha in der österr. Z. f. V., 1882, S. 101; G. Meyer, V. R. S. 194; Ulbrich, St. R. S. 439 (der jedoch einseitig die Eigentumsbeschränkungen hervorhebt). Was F. F. Mayer (V. R. S. 30) meint, wenn er die Pflicht des Autors juris publici, die des Rechtsnachfolgers juris privati nennt, verstehe ich nicht.

Fraglich: ob gegen den Rechtsnachfolger sofort die Exekution eingeleitet oder fortgesetzt werden darf? Vgl. V. G. H. 1342.

[68]) Identisch mit § 40 des Gesetzes betr. die Verf. der Verwaltungsgerichte vom $\frac{\text{3. Juli 1875}}{\text{2. August 1880}}$.

[69]) Dieselben sind im Gesetze enumerativ angeführt.

[70]) Mit dem Ausdruck „sollen" verknüpfte man nach dem Ausschussberichte (Krais a. a. O. S. 181) die Absicht, dass die Nichtbefolgung dieser

Distriktsverwaltungsbehörden zur mündlichen Verhandlung[71]) „die Beteiligten“ mit dem Eröffnen zu laden verpflichtet sind[72]), dass im Falle ihres Nichterscheinens nach Lage der Sache erkannt werden würde. Das Gleiche ist für die Kreisregierungen (Art. 35) und den Verwaltungsgerichtshof (Art. 41 al. 3) vorgeschrieben. Das österreichische Gesetz vom 22. Okt. 1875 stellt es in § 19 dem Beschwerdeführer „frei[73]), in diesem ersten Anbringen (der Beschwerde) sofort[74]) „auch diejenigen Personen zu belangen[75]), zu deren Nachteil die von „der beschwerdeführenden Partei angestrebte Aufhebung der administrativen Entscheidung oder Verfügung gereichen würde.“ Ferner heisst es in § 27: „Auch wenn die Beschwerde nicht ausdrücklich „gegen andere Parteien gerichtet ist, hat der Verwaltungsgerichtshof „darauf Bedacht zu nehmen[76]), dass in dem vor ihm durchzuführenden „Verfaren alle an dem Gegenstande der Entscheidung beteiligten „Personen gehört werden und Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechte „erlangen.“ Hiezu bemerken die Motive (Kaserer S. 35), dass in

---

Norm keine Nichtigkeit nach sich ziehen solle. Hiemit ist offenbar nur absolute Nichtigkeit gemeint.

[71]) Die mündliche Verhandlnng ist nicht immer notwendig. Krais a. a. O. S. 186.

[72]) Art. 27 al. 4: „.... sind .... zu laden ....“

[73]) Pražak (Hartmann's Ztschr. I, S. 126 ff. und Rösler (Grünhuts Ztschr. IV, S. 339) rügen mit Recht, dass das Gesetz diess dem Beschwerdeführer nicht zur Pflicht mache. Dem in den Motiven (Kaserer, S. 36 a. E.) geltend gemachten Bedenken hätte durch einen Beisatz: „nach Tunlichkeit“ oder dgl. abgeholfen werden können.

[74]) Hiemit soll augenscheinlich angedeutet werden, dass der Beiladungsantrag der Einbringung der Beschwerde auch nachfolgen kann.

[75]) Dieser Ausdruck scheint mir nicht passend gewählt, denn er gibt der Ansicht Raum, als läge hier eine Klage gegen den Drittbeteiligten vor. Dieser letztere hat aber durchaus nicht die Stellung eines Geklagten; er hat kein Recht verletzt (oder braucht es wenigstens nicht verletzt zu haben), ja er braucht nicht einmal die Rechtssicherheit des Petenten zu gefährden, wie der Geklagte im civilen „unabwendbaren Feststellungsprocess“; er ist (wenn man schon eine Analogie will), eher Nebenintervenient als Geklagter. Dieses „Belangen“ hat keine andere Funktion, als den V. G. H. auf jene Parteien aufmerksam zu machen, die als rechtliche Interessenten geladen werden müssen. Lässt sich beim Dritten ein rechtliches Interesse nicht constatiren, so ist gewiss der V. G. H. zur Ladung nicht verpflichtet.

[76]) Pražak a. a. O. S. 128, findet, dass diese Pflicht des V. G. H. mit der Aufgabe eines höchsten Gerichtshofes unvereinbar sei. Wenn nun auch der Einwand Röslers hiegegen (a. a. O. S. 337), dass in solchen Fällen stets eine Cassation wegen mangelhaften Verfarens eintreten wird, in dieser Allgemeinheit unhaltbar ist, weil ja der V. G. H. von Amtswegen die Rechte des übergangenen Dritten nicht geltend machen kann, so lässt

diesen Paragraphen die Adcitation dritter Personen geregelt werde, „deren rechtliches Interesse durch die provocirte Entscheidung „berührt wird." Diess sei z. B. der Fall rücksichtlich einer subsidiären Leistungspflicht bei dem Streite über Existenz oder Umfang der primären Verpflichtung. . . . . . „In solchen Fällen", heisst es daselbst, „muss zur Wahrung der Interessen der Beteiligten und zur Abkürzung „des Verfarens dem Beschwerdeführer freistehen, seine Beschwerde .... „zugleich gegen alle jene Personen zu richten, denen die angestrebte „Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zum Nachteil gereichen „würde."

Alle diese Gesetze [77]) statuiren also, dass die Verwaltungsgerichte, ohne von diessfälligen Parteianträgen abhängig zu sein, die Beiladung [78]) dritter Beteiligter verfügen müssen (Baden, Bayern, Österreich) oder doch können (Preussen, Württemberg) [79]); die begriffliche Scheidung

---

sich doch gegen die Bemerkung Pražak's anführen, dass gerade die hier statuirte Beiladungspflicht in zalreichen Fällen zwiespältige Entscheidungen und Nichtigkeiten vermeidlich machen wird, eine Erwägung, die um so mehr den Ausschlag geben musste, als eine übermässige Inanspruchname der Kräfte des V. G. H. auf diesem zwar minder würdevollen, aber zum Ziele führenden Wege zu vermeiden war.

[77]) Das österreichische Gesetz über das Reichsgericht enthält Nichts über die Beiladung; ebensowenig das deutsche Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz und das preussische Ausführungsgesetz dazu. Die Deputationen und das Bundesamt für Heimatwesen haben jedoch die Beiladung im Wege der Praxis eingeführt. Dasselbe geschah in Frankreich, wo gleichfalls gesetzliche Bestimmungen über die Beiladung fehlen (Chauveau a. a. O. I, S. 230). Schwankend ist die Spruchpraxis in Frankreich hinsichtlich der Frage, ob die Adcitation auch von Amtswegen zulässig ist. In neuerer Zeit sprach sich der Conseil d'État dagegen aus. Was das österreichische Reichsgericht betrifft, so ergibt sich das Recht und die Pflicht desselben zur Beiladung rechtlicher Interessenten oder doch zur Vernehmlassung derselben im Requisitionswege aus § 26 des mehrf. cit. Gesetzes über das R. G.

[78]) Es ist übrigens keine Frage, dass die Beiladung entbehrlich wird, wenn der Dritte sich freiwillig dem Verfaren anschloss. Denn nicht um die Ladung handelt es sich, sondern um die Ermöglichung der Vernehmlassung. Daher ist denn auch z. B. in Frankreich die Zulässigkeit einer freiwilligen Intervention Dritter allgemein anerkannt (Dareste a. a. O. S. 663; Chauveau I, S. 227; Pradier-Fodéré S. 732). Selbstverständlich ist ein rechtliches Interesse Voraussetzung der Zulassung derselben. Siehe auch Rösler a. a. O. S. 342.

[79]) Tatsächlich wird zwischen beiden Sätzen nicht viel Unterschied bestehen, weil weder im preussischen noch im württembergischen Recht die Verhandlungsmaxime gilt (vgl. § 71 al. 3 des preuss. Ges. v. 30. Juli 1883 und Art. 34 des württ. Ges. v. 16. Dez. 1876).

von rechtlichem und faktischem Interesse ist allerdings diesen Gesetzen fremd. Zu laden sind „die Beteiligten“, die in ihren „Interessen“ Berührten, Jene, „zu deren Nachteil die Entscheidung gereichen würde“. Dass aber gleichwol das Kriterium des Drittbeteiligten nicht etwa im faktischen[80]), sondern im rechtlichen Interesse in dem von uns entwickelten Sinne zu suchen ist, ergibt sich daraus, dass durch die citirten Gesetze der Kreis der subjektiv Berechtigten gewiss nicht vergrössert werden wollte.[81]) Ein verwaltungsgerichtliches Verfaren unter Zuziehung aller faktischen Interessenten wäre eine Unmöglichkeit; der Umkreis derselben lässt sich ja meistens nicht einmal annähernd bestimmen. Fraglicher ist, ob jene Kategorie, welche wir als „rechtliche Interessenten“ im engeren Sinne bezeichnet haben, von der Beiladung ausgeschlossen seien. Diese Frage ist um so schwieriger zu beantworten, als sich aus der Vergleichung der §§ 19 und 27 des österr. Gesetzes und der Motiv dazu ergibt, dass sich die Gesetzgeber über den Unterschied der Begriffe faktisches und rechtliches Interesse durchaus nicht klar waren. Ich bin nun zwar nicht der Meinung Rösler's[82]), dass die erwähnte Kategorie von Interessenten von der Beiladung ausgeschlossen sei, weil auch in Sachen des diskretionären Ermessens formelle Parteirechte verletzt worden sein können, wenngleich materielle Rechte nicht vorlagen. Nur die Art der Verfügung oder Entscheidung ist in solchen Fällen unanfechtbar; aber dass sie

---

[80]) Den Ausdruck „rechtliches Interesse“ gebraucht die bad. Vollz. V. in § 75, wo dieser Begriff als Kriterium der Beschwerdelegitimation angenommen wird. Das österreichische Gesetz und die Motive dazu brauchen die Ausdrücke „Recht“, „rechtliches Interesse“, „zum Nachteil gereichen“ promiscue; Brauchitsch I, S. 118 identifizirt „Interesse“ und „rechtliches Interesse“; Rösler a. a. O. S. 338, „Recht“ und „rechtliches Interesse“. Hier gilt, was bei Degenkolb (Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 50) als Kritik der „in logischer Beziehung nichts weniger als anmutenden“ Ansicht des württembergischen Obertribunals vom 21. Novbr. 1873, es greife das (dort als Bedingung der civilen Präjudizialklage) „geforderte rechtliche Interesse Platz, sobald eben ein Interesse an der Feststellung für den Kläger vorliegt“, angeführt wurde.

[81]) E. d. pr. O. V. G. v. 26. Sept. 1876, Samml. I, S. 434.

[82]) A. a. O. S. 337. Wie sich diese weitgehende Ansicht Rösler's mit der auf S. 339 vorgetragenen Behauptung verträgt, dass alle Jene beizuladen seien, „die ein analoges rechtliches Interesse am Streit in „solchen Fällen haben, wo dem Beschwerdeführer keine Gegenpartei, sondern „lediglich die Behörde gegenübersteht“, verstehe ich nicht. Wer blos ein analoges Interesse hat (und die Zal solcher Interessenten kann leicht ungeheuer gross sein: man denke an Steuer- und Gebührensachen), der ist meines Erachtens faktischer Interessent.

erging und wie das Verfaren hiebei beschaffen war, in diesen Punkten können Nichtigkeitsgründe mit unterlaufen sein. Es kann z. B. die Consentirung einer gewerblichen Betriebsanlage, die gewiss nach „freiem" Ermessen erfolgt, wegen Ausserachtlassung wesentlicher Formen als der Ediktalcitation, der Intimation des Erkenntnisses oder auch wegen Verstosses gegen die res judicata (vgl. z. B. V. G. H. 1655) nichtig und auch vom Standpunkte des rechtlichen Interessenten vor dem V. G. H. anfechtbar sein. Umsomehr wird daher ein solcher Interessent als Drittbeteiligter zu betrachten und beizuladen sein.

Allein eine eingehendere Besprechung der hier auftauchenden Fragen kann an dieser Stelle füglich unterbleiben; denn wie immer man den Kreis der Beizuladenden begrenzt, so ist doch so viel sicher, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes den Beizuladenden aber nicht Beigeladenen nicht bindet; sie ist wie die der Verwaltungsbehörden in solchem Falle ihm gegenüber relativ nichtig.

Diese relative Nichtigkeit ist nun freilich im österreichischen Gesetz nicht ausdrücklich ausgssprochen. Ja, auf den ersten Blick wäre man geneigt, aus § 27 auf das Gegenteil zu schliessen. Denn es heisst dort, der V. G. H. habe „darauf Bedacht zu nehmen, dass alle „. . . . beteiligten Personen . . . . Gelegenheit zur Wahrung ihrer „Rechte erlangen". Man könnte nun schliessen: Hat ihnen der V. G. H. diese „Gelegenheit" benommen, so sind sie eben nicht in der Lage gewesen, ihre Rechte zu wahren, haben dieselben somit verloren. In der Tat wurde diese Consequenz bereits gezogen.[83]) Dagegen wurde von anderer Seite[84]) mit Recht geltend gemacht, es sei „unerlässlich, dass Niemand ungehört seiner Rechte verlustig gehe". Mag man von der Sachkenntnis und Unparteilichkeit des Verwaltungsgerichtshofes auch ganz übertriebene Vorstellungen haben, so widerspricht es doch jeder Rechtsprechung grundsätzlich, dass judizirt werde ohne Gewährung rechtlichen Gehörs. Eine derartige Anname wäre geradezu eine Parodie auf die Idee, welcher die Einsetzung des Verwaltungsgerichtshofes ihre Entstehung verdankt.

---

[83]) Samitsch in seiner Ztschr. II, S. 154: „Bei uns in Österreich gilt der Grundsatz, dass das Urteil nur jus inter partes schaffe; ob aber dieses Axiom auch wider die Erkenntnisse des V. G. H. im Falle als ungeachtet der Vorschrift der §§ 19 und 27 dennoch die Beiladung eines rechtlich Interessirten unterblieben wäre, von diesem, wenn er später zur Kenntnis dieser Entscheidung gelangt, angerufen werden könne, erscheint uns angesichts der Bestimmungen der §§ 2, 21 und 45 (?) des Gesetzes mindestens sehr fraglich zu sein.

[84]) Pražak in Hartmann's Ztschr. I, S. 126.

Ich gebe daher dem citirten Satze des § 27 die meines Erachtens einzig mögliche Deutung, dass unter den „Rechten", von deren Wahrung dort die Rede ist, nur die formellen Rechte, in dem abgeschlossenen Verfaren als Partei aufzutreten, verstanden werden können, nicht aber die materiellen aus dem conkreten Tatbestand sich ergebenden Rechte. Diese Ansicht[85]), der sich auch Rösler (a. a. O. S. 342) hinzuneigen scheint, unterlegt zwar dem cit. Satze des § 27 einen Sinn, der ziemlich selbstverständlich und nichts weniger als originell ist, allein die entgegengesetzte Interpretation führt zu dem Widersinn, dass eine Incorrektheit des V. G. H. hinsichtlich der Beiladung den rechtswidrig Übergangenen präkludiren würde.[86])

Dass die Unterlassung der Ladung eines Drittbeteiligten nicht im Ermessen des V. G. H. steht, sondern seine Pflicht ist, ergibt sich mit Bestimmtheit aus der Stylisirung des § 27: „.... hat Bedacht zu nehmen ..." Eben deshalb begründet die Unterlassung dieser „Bedachtname" eine Nichtigkeit, wenngleich diese Consequenzen im Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben ist.

Hinsichtlich des subjektiven Umfanges der Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile sind also ganz dieselben Sätze massgebend, welche wir für die verwaltungsbehördlichen Entscheidungen aufzustellen in der Lage waren. Ihre absolute Kraft folgt daraus, dass die öffentlichen Interessen im Verfaren vor denselben durch besondere Commissarien vertreten sind; sie wirken gegen Jedermann, ausgenommen gegen die rechtswidriger-

---

[85]) Ein weiteres Argument für die Richtigkeit der im Text ausgesprochenen Anschauung läge darin, dass das Gesetz auffälligerweise in § 27 das Wort „Recht" gebraucht, während es in § 19 den Begriff in anderer Weise umschreibt und in den Motiven (Kaserer S. 35) erklärt, § 19 u. 27 handle von der Beiladung Dritter, deren rechtliches Interesse .... berührt werde. Wollte man so zuvorkommend sein, diese Differenzen nicht auf Unklarheit der Begriffe, sondern auf eine bestimmte Tendenz zurückzuführen, so wäre dieselbe an der Hand der von uns im Text gegebenen Darstellung leicht gefunden: der rechtliche Interessent hat eben formelle „Rechte" und diese gehen ihm unwiederbringlich verloren, wenn er incorrekterweise nicht geladen wird. Sein „rechtliches Interesse" geht aber nicht verloren, und darum kann er in einem neuen Verfaren vor den Verwaltungsbehörden abermals Parteirechte verfolgen. Rösler a. a. O. S. 342.

[86]) Präziser sagt § 70 des preuss. Gesetzes vom 30. Juli 1883: „In diesem Falle (d. i. wenn der Drittbeteiligte geladen wurde) ist die Entscheidung auch dem Beigeladenen gegenüber giltig." Ebenso württembergisches Gesetz vom 16. Dezbr. 1876; Art. 52 und § 48 der badischen Vollzugsvorschrift.

weise präkludirten rechtlichen Interessenten. Diesen gegenüber ist auch das verwaltungsgerichtliche Urteil relativ nichtig.[87])

---

[87]) Zur Geltendmachung dieser Nichtigkeit ist im österreichischen Recht keine Frist gesetzt; die ausseramtliche Kenntnisname genügt nicht, um einen Verzicht zu fingiren (oben § 11, Note 25). Auch die hie und da (z. B. auch von den meisten französischen Schriftstellern) angenommene 30jährige Verjährung dieses Rechtes dürfte sich kaum rechtfertigen lassen, weil die Institute des bürgerlichen Rechtes im Verwaltungsrecht in der Regel nicht analog gelten.

In Baden und Frankreich ist daher eine 14tägige Frist nach der (ausseramtlichen) Kenntnisname (notification) festgesetzt; in Preussen und Württemberg dagegen genügt die ausseramtliche Kenntnisname nicht, um die einmonatliche Notfrist des § 549 R. C. P. O. beginnen zu lassen; es müsste das Erkenntnis ordnungmässig zugestellt werden.

# Der Einfluss der materiellen Rechtskraft auf fremde Zuständigkeitssphären.

## § 15.

Im vorigen Abschnitt konnten wir bei Untersuchung des subjektiven Umfanges der materiellen Rechtskraft die absolute Kraft der Entscheidung als ein Postulat unseres heutigen Verwaltungsrechtes aufstellen. Bei Prüfung des Personenkreises, welcher durch die Judikatswirkung gebunden wird, haben wir eine Zweiteilung nach Parteien (im weiteren Sinne) und behördlichen Organen vorgenommen und gefunden, dass die letzteren durch die aus der materiellen Rechtskraft entspringenden Imperative in ihrer diskretionären Gewalt gerade so beschränkt sind, wie der Richter durch die res judicata.

Wir haben nunmehr im Folgenden noch eine dritte Kategorie von Subjekten zu beobachten, deren Verhalten durch eine behördliche Entscheidung beeinflusst werden kann.

Bei der bisherigen Untersuchung gingen wir nämlich stets von der Voraussetzung aus, dass die Behörden, um deren Verhalten es sich handelt, zur Feststellung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse sachlich zuständig seien. Es bedarf aber keines Beweises, dass dem nicht immer so ist. In einer Unzal von Fällen ist für den Gegenstand, der den speziellen Anlass des behördlichen Einschreitens bildet, eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen (Vorfragen) massgebend, welche zur sachlichen Zuständigkeit ganz anderer Behörden und Behördengattungen ressortiren können. Es frägt sich nun, welchen Einfluss die Entscheidungen sachlich unzuständiger auf sachlich zuständige Behörden, und sachlich zuständiger auf sachlich unzuständige Behörden üben?

Gemeinsame Voraussetzung aller Fälle, bei welchen diese Frage aktuell werden kann, ist Connexität der Rechtsverhältnisse, das heisst

eine nicht durch Ereignisse der Aussenwelt, sondern durch die Rechtsordnung geschaffene Causalbeziehung zweier Rechtsverhältnisse, vermöge deren das eine für das andere bedingend wird.

Connexität ist daher Präjudizialität, angewandt auf Rechtsverhältnisse, die verschiedenen Ressorts zur Meritalerledigung zugewiesen sind.

Beim Vorhandensein solcher Connexität können sich nun folgende zwei Constellationen ergeben:

Erstens kann eine Behörde eine Vorfrage entschieden haben, zu deren meritaler Feststellung sie sachlich unzuständig wäre; es handelt sich uns dann um die Rechtswirkungen der Entscheidung über die Vorfrage auf die Feststellung des Meritalpunktes.

Zweitens kann eine Behörde sachlich zuständigerweise ein Rechtsverhältnis merital entschieden haben, welches späterhin als Vorfrage eines anderen und zwar eines zu einem fremden Ressort gehörigen Rechtsverhältnisses in Frage kommen kann; hier handelt es sich um die Rechtswirkungen der Entscheidung auf die Feststellung der Vorfrage.[1]

Die rechtlich relevante Differenz dieser beiden Constellationen, welche auch von ausschlaggebender Bedeutung bleibt, ist darin gelegen, dass es sich im ersten Falle um Feststellungen handelt, zu denen die entscheidende Behörde nicht zuständig ist, die sie somit nur incidenter, als Vorfragen des Meritalpunktes erledigen konnte, während im zweiten Falle Feststellungen der sachlich zuständigen Behörde über Fragen vorliegen, welche späterhin vor der sachlich unzuständigen Behörde als Incidenzpunkte zur Erledigung gelangen.

Prüfen wir nun zunächst, welche Rechtswirkungen die Entscheidung im ersteren Falle übt, so müssen wir uns vor Allem vergegenwärtigen, dass die legislativen Erwägungen, auf welchen die materielle Rechtskraft als ein Privat- und Verwaltungsrecht gleichmässig durchziehendes Rechtsinstitut basirt, zu allererst auf der Voraussetzung beruhen, dass die Behörde zu ihrer Entscheidung sachlich zuständig war.

Diess Prinzip liegt der im heutigen Staate durchgeführten Differenzirung der Competenzsphären zu Grunde. Warum haben wir gegenwärtig statt des alten einen römischen Magistrates oder statt des einen deutschen „Grafen" ein System der verschiedensten Behördengattungen, mit seinen vielfachen Misslichkeiten und Weitwendigkeiten?

---

[1]) Nach einer anderen Richtung betrachtet, ist der Unterschied beider Schemata darin gelegen, dass es sich im ersten Fall um die Judikatswirkungen von Entscheidungsgründen auf die Entscheidung, im zweiten um die Judikatswirkungen der Entscheidung auf die Entscheidungsgründe handelt.

Augenscheinlich nur darum, weil auf einer höheren Stufe der Cultur die materiellen und geistigen Qualitäten eines Beamten zur verlässlichen Erledigung so disparater Agenden, wie sie die ausgedehntere Staatstätigkeit späterer Zeiten bedingt, nicht mehr ausreicht. Darum weist die Rechtsordnung gewisse sachlich begrenzte Partieen der staatlichen Tätigkeit gewissen Organen mit einer eigens für diesen Zweck bestimmten theoretischen Vorbildung, praktischen Schulung und besonders gewährleisteten finanziellen und moralischen Unabhängigkeit zu. Wären die persönlichen Voraussetzungen für alle behördlichen Aktionen identisch, so wäre nur eine Sonderung örtlicher Competenzkreise, nicht aber eine Scheidung der sachlichen Zuständigkeit am Platze.

Öffentliche Interessen, und zwar solche der allergrössten Intensität sprechen also dafür, dass die definitive Rechtsfindung nur von jenen staatlichen Organen ausgehe, welche von der Rechtsordnung generell mit der Judikatur über Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art betraut sind. Nun ist es aber weder durchführbar noch wünschenswert, dass die Behörden die Entscheidung über Vorfragen, welche zu fremden Ressorts gehören, allemal an die sachlich zuständige Behörde abgeben. Nicht durchführbar wäre diess Prinzip, weil fast jedes Rechtsverhältnis von einer Anzal connexer zu fremden Ressorts gehörigen Vorfragen abhängt, zu deren Fixirung im Wege ordnungsmässiger Entscheidung häufig gar keine Veranlassung ist. Auch wo eine besondere Erhebung und Entscheidung solcher Vorfragen unerlässlich ist, würde das Verfaren durch die Ingerenz der verschiedenartigen Behörden, die hinsichtlich der Vorfragen sachlich zuständig wären, zu einer unerträglichen Weitschweifigkeit gedeihen, welche mit der nicht selten dringend gebotenen Raschheit der Amtshandlungen (besonders im öffentlichen Recht) unvereinbar ist. Nicht wünschenswert wäre dieser Modus deshalb, weil sich nicht leugnen lässt, dass einerseits die Unbefangenheit der angegangenen Behörde nicht selten darunter leiden müsste, wenn die Entscheidung um eines ihr fremden Zweckes willen provocirt würde, während andererseits auch die wünschenswerte Unabhängigkeit der verschiedenen Behördensysteme von einander dadurch in Frage käme. Endlich lässt sich nicht verkennen, dass oft genug die Ingerenz einer fremden Behörde kein genügender Anhaltspunkt für die Aktion der zur Judikatur über die Vorfrage berufenen Instanz bilden könnte. Diess Moment bildet insbesondere dann ein lästiges Hindernis, wenn es sich um privatrechtliche Vorfragen dreht und die interessirten Parteien die Klage vor Gericht nicht anhängig machen oder nicht fortsetzen wollen. Aus diesen Gründen hat sich die deutsche Rechtsanschauung immer allgemeiner das Prinzip zu eigen gemacht, dass connexe Rechtsverhältnisse

fremder Ressorts von jeder Behörde grundsätzlich im eigenen Wirkungskreise zu prüfen und incidenter zu entscheiden seien. Gesetzliche Bestimmungen darüber existiren zwar fast gar nicht und bestenfalls nur in einzelnen Spezialfragen; indess lässt sich die gewohnheitsrechtliche Geltung des hier angeführten Satzes derzeit nicht mehr bezweifeln.[2])

Es ist bekannt, dass das französische Recht dem entgegengesetzten Grundsatz huldigt und zwar mit einer die Rechte der Verwaltung gegenüber dem Gerichte bevorzugenden Tendenz (Gesetz vom 16. bis 24. August 1790 Art. 13). Erwägt man jedoch, dass seinerzeit in Frankreich Gericht und Verwaltung nicht nur andere Arten von Rechtverhältnissen entschieden, sondern auch zugleich verschiedene Gesellschaftsordnungen und deren Interessen vertraten, so ist es natürlich, dass dort mit dem raschen Siege der staatsbürgerlichen über die ständische Ordnung eine den neuen Tendenzen gehorsame Verwaltung erforderlich war, welche durch wolerworbene Privatrechte und deren Hüter, die Gerichte, an der Verfolgung der neuen Tendenzen nicht gehindert werden durften. Wenn man daher vorgibt, die Unabhängigkeit der Verwaltung sei eine Consequenz des Prinzips der Trennung der Gewalten, so ist diess nur eine jener Phrasen, mit welchen man das zu rechtfertigen sucht, was man braucht: denn auch im öffentlichen Leben und vor Allem in der Politik darf man das nicht vor keuschen Ohren nennen, was keusche Herzen nicht entbehren können. Tatsächlich ist jener Grundsatz ein durchaus revolutionärer, er beabsichtigt die Ausbeutung der Gesammtheit durch einzelne zur Macht gekommene Individuen zu gewährleisten, sei es dann, dass dieser Process sich von unten gegen oben oder umgekehrt vollziehe.

Auf unsere deutschen Verhältnisse passt jener Grundsatz nicht. Die staatlichen Einrichtungen sind uns keine Garantieen der Ausbeutungsmöglichkeit, sondern Garantieen des Gegenteils und die Verwaltungsgerichtsbarkeit der neuesten Zeit hat diese Garantieen zum höchsten Masse gesteigert. Eine Bevorzugung der Verwaltung findet in unseren politischen Verhältnissen keinen Anhaltspunkt und eine Bevorzugung der Gerichte verlor mit Einführung der Verwaltungsgerichte jede Berechtigung. Das Mistrauen, welches man bis in die neueste Zeit der Judikatur der Verwaltung aus Gründen, die hier nicht

---

[2]) Vgl. Sarwey, Das öffentl. R. S. 650 ff., wo die einschlägigen Fragen zum ersten Male mit Klarheit und Übersichtlichkeit besprochen werden. Wie ich einem Referate in den Jur. Bl. 1883, S. 248 und in der Ger. Ztg. 1883, S. 20 entnehme, ist diese Materie von Pražak in der Schrift: „Spory o přislušnost“ etc. behandelt. Leider blieb mir dieses Buch, da eine deutsche Übersetzung meines Wissens nicht erschienen ist, unbekannt.

zu prüfen sind, entgegenbrachte, musste aufhören, sowie die Möglichkeit gegeben war, das behördliche Unrecht repressiv zu saniren.

Mag man daher die oben aufgeworfene Frage wie immer beantworten, jedenfalls müssen nach der heutigen deutsch-rechtlichen Auffassung verwaltungsbehördliche, gerichtliche und verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, gegen einander gehalten, gleichwertig sein, weil sie gleichartig sind.

Dieser Grundsatz ist allerdings weit entfernt eine strikte gesetzliche Anerkennung erlangt zu haben; denn er steht und fällt mit der Institution der Verwaltungsgerichte, deren Geschichte eine zu junge ist, um eine genügend tiefe Reaktion auf die bewusste gesetzgeberische Tätigkeit geübt zu haben, zumal es sich hier um ein Gebiet handelt, welches einer einheitlich-systematischen Betrachtung bisher kaum unterzogen wurde. Ich halte es aber für sehr wertvoll, sich im Prinzip über die virtuelle Gleichheit der Entscheidungen aller Behördensysteme klar zu werden, weil diese Erkenntnis, mag sie auch zunächst nur de lege ferenda zu rechtfertigen sein, gleichwol auf diesem Gebiete rechtsbildende Kraft besitzen wird und zwar um so gewisser, als in der Mehrzal der Fälle positive Normen für die Beantwortung der sich hier ergebenden schwierigen Fragen nicht bestehen. Wie hinsichtlich der theoretischen Bearbeitung der materiellen Rechtskraft überhaupt, muss auch hier aus der communis opinio der Praxis das grundlegende Prinzip entwickelt und mit unseren eigenen theoretischen Deduktionen stets verglichen werden, um auf diesem Wege die unbewusst wirkenden rechtsbildenden Kräfte zum juristischen Bewusstsein zu bringen und so die Lösung jener rechtlichen Probleme in Form des Juristenrechts zu fördern.

Diess vorausgeschickt, ergibt sich uns aus jenem Grundsatz vor allem die Consequenz, dass hinsichtlich der Prüfung präjudizieller und zu fremden Competenzsphären gehöriger Vorfragen alle Arten von Behörden, gleich wenig oder gleich viel berechtigt sein müssen. Wie schon bemerkt, entspricht es germanischer Rechtsanschauung, die Behörden, welche mit einer zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Angelegenheit befasst sind, auch zur Prüfung von Vorfragen der gedachten Art für berufen zu halten, und diese Ansicht beherrscht denn auch das österreichische Recht.

Auf Grund dieses „forum connexitatis“ sind daher, soferne nicht singuläre Normen ein Anderes festsetzen, die Verwaltungsbehörden befugt, privatrechtliche Vorfragen[3]), die Gerichte hinwieder öffentlich-

---

[3]) So entscheiden beispielsweise die Verwaltungsbehörden incidenter: in Wasserrechtssachen über das Vorliegen „rechtsgiltiger Verpflich-

rechtliche Vorfragen[4]) selbstständig zu prüfen und (incidenter) zu entscheiden, das heisst in Form von Entscheidungsgründen ihren Judikaten zu Grunde zu legen.

---

tungen Anderer" (§ 43 W. G. [P.], V. G. H. 31), über das Vorhandensein von „fremden Pflichten" hinsichtlich des in § 15 W. G. (P.) normirten Gemeingebrauchs am Wasser (V. G. H. 872), über den Bestand von Privatrechten (Eigentum) an Gewässern (No. 74 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.) über den „Besitz" an einer Wassernutzung (V. G. H. 65);

in Gebührensachen über die rechtliche Beschaffenheit des gebührenpflichtigen Aktes (V. G. H. 219 u. öfter);

in Bausachen (soferne nicht ausschliesslich der Rechtsweg zugelassen ist) über das Vorhandensein dinglicher Rechte am Baugrund (V. G. H. 814);

in Matrikensachen über Statusfragen aller Art (V. G. H. 191, 327, R. G. 167; ebenso E. d. O. L. G. Dresden vom 12. Sept. 1884 [Reger's Samml. V, S. 237]);

in Heimatssachen (trotz der Norm des § 37 Heim. Ges. [siehe unten Note 10 und 36]) über Statusfragen, die zur gerichtlichen Competenz gehören (V. G. H. 2331 und E. d. M. d. I. v. 28. März 1877, Z. f. V. 1877, S. 191), so über die Ehelichkeit eines Kindes (vgl. jedoch über die ältere Praxis Mh. II, S. 299); über ausländische Staatsbürgerschaft (? V. G. H. 2322);

in Wildschadenssachen über Verträge, welche die Haftpflicht modifiziren, wodurch aber gewiss die Betretung des Rechtsweges zur Geltendmachung der vertragsmässigen Rechte nicht gehindert wird, Z. f. V. 1869, S. 107; E. d. obst. G. H. v. 3. Juni 1885, Z. f. V. 1885, S. 172;

in Gewerbesachen über die Giltigkeit von Gewerbepachtverträgen (anders E. d. M. d. I. v. 22. Sept. 1871, Z. f. V. 1872, S. 155 mit der irrigen Motivirung, dass durch die Incident-Entscheidung der politischen Behörde das Gericht gebunden würde); bei Erteilung von Gewerbe-Concessionen hinsichtlich der Frage, ob die gestattete Tätigkeit rechtlich zulässig ist (vgl. unten § 16, Note 29).

Der gleiche Grundsatz gilt für die Verwaltungsgerichte. Diese entscheiden z. B. incidenter über die Giltigkeit einer Ehe als Vorfrage der Armenunterstützungspflicht (E. d. bad. V. G. H. in der bad. Ztschr. 1879, S. 227), über strafrechtliche Vorfragen (R. G. 162 und 163: hinsichtlich der Frage der Criminalität der Verletzung des Hausrechtes; V. G. H. 469: hinsichtlich der Frage, ob eine Zeitschrift ihr Programm überschritten habe u. s. w.) Wal-Commissionen entscheiden aus demselben zalreiche privatrechtliche Vorfragen: Giltigkeit von Vollmachten, Heimatsrecht (V. G. H. 1871), Staatsbürgerschaft, „Besitz" an Gütern (R. G. 234) u. s. w.

[4]) Was die Strafgerichte betrifft, so ist hinsichtlich der privatrechtlichen Vorfragen durch § 5 St. P. O. eine prinzipielle Norm in diesem Sinne gegeben. Allein auch öffentlich-rechtliche Vorfragen müssen oftmals von Strafgerichten incidenter entschieden werden. So die Staatsbürgerschaft, das Heimatsrecht bei verbotener Rückkehr oder bei Anwendung gewisser Strafverschärfungen, z. B. der Ausweisung, der Abschaffung oder bei der Auslieferungsfrage, hie und da selbst hinsichtlich der Möglichkeit der Strafverfolgung (§ 37—39 St. G.); ferner, was von hoher Wichtigkeit ist, der

**Keine Behörde, sei es Gericht oder Verwaltungsbehörde, kann also ihre Competenz darum ablehnen, weil Vorfragen zu entscheiden sind, zu deren meritaler Erledigung sie sachlich nicht zuständig wäre.**[5])

Von diesem Grundsatz besteht nur eine Ausname, welche eine Consequenz der unumgänglichen persönlichen Unabhängigkeit der amtlichen Organe von den Behörden fremder Ressorts bildet. Es ist schon aus praktischen Gründen undurchführbar, die persönliche Verantwortung für amtliches Gebahren vor zweierlei oder mehreren Instanzen zur Geltung bringen zu lassen, weil im Falle einer Meinungsdifferenz zwischen diesen Instanzen unlösbare Conflikte entstehen müssten.

Wo immer daher ein behaupteter rechtswidriger Vorgang Seitens eines amtlichen Organs behufs Durchsetzung von persönlichen gegen dieses letztere gerichteten Ansprüchen festgestellt werden müsste, ist hiezu ausschliesslich jenes Forum berufen, welches zur Constatirung der Rechtswidrigkeit des Vorganges sachlich competent ist. In diesem Falle muss also die Unzuständigkeit zur Erledigung der Vorfrage die Unzuständigkeit zur Erledigung der Meritalfrage nach sich ziehen.

Hieraus ergeben sich nachstehende Folgesätze:

1) Die Administration kann gegen richterliche Beamte wegen ihrer amtlichen Tätigkeit überhaupt nicht einschreiten.

2) Der Rechtsweg ist unzulässig zur Entscheidung von Ansprüchen gegen Administrativorgane, wenn der rechtserzeugende

---

Umfang und die Ausdehnung gewisser obrigkeitlicher, speziell polizeilicher Befugnisse bei von Amtspersonen und gegen solche begangenen Delikten. Über die Praxis der Civilgerichte wird im weiteren Verlauf der Darstellung gehandelt werden.

[5]) Es soll übrigens nicht verschwiegen werden, dass die österreichischen Gerichte hie und da auch den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen. So erklärt die E. d. obst. G. H. v. 16. Juli 1879 (Z. f. V. 1880 S. 15) den Rechtsweg über eine auf § 1042 a. bgl. G. B. gestützte Klage gegen eine Gemeinde auf Ersatz von Armenverpflegskosten, welche Kläger für die Gemeinde aufgewendet zu haben behauptete, für unzulässig, weil die Frage, ob der Arme einen Anspruch auf die Armenunterstützung besitze, im Rechtswege nicht entschieden werden könne. (Vom entgegengesetzten und richtigen Gesichtspunkt geht R. G. 35 und 36 aus.) Die E. d. obst. G. H. vom 3. Mai 1881 (Z. f. V. 1881, S. 199) erklärt den Rechtsweg über eine Klage auf Anerkennung des Eigentums an einer Wegparzelle für unzulässig, weil über die Frage, ob eine Parzelle öffentliches Gut sei, die autonomen Verwaltungsbehörden zu entscheiden hätten. Auch die Motivirung der E. d. obst. G. H. vom 14. Sept. 1881 (Z. f. V. 1882, S. 15) ist in diesem Punkte unrichtig, soweit sie sich auf das Verhältnis zur Gemeinde bezieht. Ich habe mir erlaubt, diese Judikate anzuführen, um den Satz Randa's (Besitz 1876, S. 217) zu illustriren, dass die österreichischen Gerichte mitunter eine

Tatbestand aus einem civil- oder strafrechtlich relevanten Verschulden[6]) oder einem (behaupteten) rechtswidrigen Eingriff in die Privatrechtssphäre (Besitz, Eigentum i. w. S., Freiheit) besteht.[7])

---

wahre „Scheu zeigen, Recht zu sprechen, wo immer die Administration ihre Hand ausgestreckt hat" und sich hiedurch nicht zu ihren Gunsten von den deutschen und selbst den französischen Gerichten unterscheiden.

[6]) Denselben Standpunkt nimmt auch die deutsche R. C. P. O. in § 11 des Einf. Ges. vom 27. Jänner 1877 ein. Vgl. Sarwey a. a. O. S. 302 ff. Über die Praxis des öst. obst. G. H. siehe die Nachweisungen bei Mh. I, S. 198.

[7]) Dieser Satz ist in der österr. Gerichtspraxis ziemlich allgemein anerkannt, hinsichtlich der Besitzstörungsklagen siehe die Nachweisung bei Randa a. a. O. S. 214; dann die E. d. obst. G. H. v. 20. Febr. 1877 (G. H. 1877, Nr. 52); v. 30. Okt. 1878 (Z. f. V., 1879, S. 111); v. 29. Sept. 1875 (Z. f. V., 1876, S. 39); v. 27. Nov. 1877 (Z. f. V., 1878, S. 92); v. 20. April 1881 (ebenda 1881, S. 176); v. 11. Juli 1882 (Geller, C. B. II, Nr. 197). Die zuletzt genannte E. ist besonders instruktiv, weil die Besitzst. Kl. gegen die Gemeindevertretung, welche den Auftrag zur Einplankung des Baugrundes erteilt hatte und zugleich gegen den Anrainer, der diese Verfügung provozirt hatte, gerichtet war. Mit Recht wurde, insoweit die Klage gegen die Gemeindevertretung gerichtet war, der Rechtsweg als unzulässig erklärt. Dagegen hält R. G. 227 die Besitzstörungsklage gegen eine Gemeindevorstehung wegen Abreissens eines Zaunes auf einem von letzterer als öffentlich erklärtem Weg für zulässig. Wenn auch, sagen die Motive, zweifellos nicht blos die E., dass der Weg ein öffentlicher sei, sondern auch die wegepolizeilichen Massregeln zur ausschliesslichen Competenz der aut. Verw. B. gehören, so können diese Verw. B. doch „selbstredend" nicht mittelst „eigenmächtigen" Eingriffs ... solche Verfügungen ausführen. Einen vollendeteren Zirkel kann man wol so bald nicht finden. Auch wenn indess die Verfügung gesetzwidrig wäre, folgt daraus schon die Zulässigkeit des Rechtsweges? Der Verwaltungsgerichtshof wäre dann ein sehr überflüssiger Luxusartikel. Ebenso unrichtig R. G. 232 und 233. In beiden wurde der Gemeindevorstand als Polizeibehörde geklagt. Nicht immer genügt die simple Behauptung des Klägers: „ich bin in meinem Besitz oder Eigentum gestört oder verletzt". Ergibt sich aus der Klage, dass der rechtserzeugende Tatbestand in der Gesetzwidrigkeit einer Adm. Verfügung liege und richtet sich die Klage gegen die administrativen Organe als solche, so ist der Rechtsweg allemal unzulässig.

Unter dem hier entwickelten Gesichtspunkt ist auch die in der Praxis unzäligemale auftauchende Frage zu lösen, inwieweit in Wasserrechtssachen Besitzstörungsklagen zulässig sind. Dass in diesem Punkte, wie Peyrer (W. R. S. 233) bemerkt, eine desolate Zerfahrenheit in der österr. Gerichtspraxis besteht, ist nicht zu leugnen. Man steckt eben viel zu tief in der Vorstellung, dass Klagen, aus deren Inhalt allein schon sich die Notwendigkeit einer Abweisung ergibt, zur Erledigung im Rechtswege nicht geeignet seien. Mit demselben Rechte könnte man sagen, das Gericht sei

3) Gegen Organe der staatlichen oder autonomen Verwaltung ist der Rechtsweg zulässig, wenn der rechtserzeugende Tatbestand in der Privatrechtssphäre des administrativen Körpers seinen Entstehungsgrund hat.[8]) Alle aus der Vermögensverwaltung entspringenden wechselseitigen Ansprüche sind prinzipiell im Rechtswege auszutragen. Die Organe der autonomen Verwaltung stehen in dieser Hinsicht den staatlichen Administrativorganen gleich.

4) Liegt ein Erkenntnis der competenten Instanz über die Rechtswidrigkeit oder Rechtmässigkeit des amtlichen Vorganges bereits vor, so können auf Grund dieses Erkenntnisses beliebige Ansprüche öffentlich- und privatrechtlicher Natur verfolgt und im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften beliebige amtliche Verfügungen getroffen werden.

---

zur Entscheidung einer Frage nicht zuständig, wenn dieselbe Frage schon durch rechtskräftiges Urteil entschieden wurde. Allein das Nachschliessen eines schon gezogenen Schlusses ist, wenn auch erzwungen, doch immer eine eigene Geistesarbeit der gebundenen Behörde: quia quamvis coactus tamen voluit. Die Unzulässigkeit des Rechtsweges aber aussprechen, das heisst, sich der Möglichkeit entziehen, den beeinflussten Schluss nachzuschliessen.

[8]) In der Unklarheit über diesen Punkt beruhen die Schwankungen der Praxis. Die Sache liegt aber ziemlich einfach: Rechnungsdifferenzen, die sich in Folge der Verwaltung des Staats- oder Gemeindevermögens ergeben, sind Privatrechtsverhältnisse. Daher ist bei Streitigkeiten zwischen dem Staate und rechnungspflichtigen Beamten seit jeher der Rechtsweg zulässig gewesen (siehe die diessfälligen Vorschriften bei Mh. I, S. 201 ff.). Die autonomen Behörden können zwar Ersatzerkenntnisse fällen, letztere können jedoch nicht vollstreckt werden und haben den Charakter gewöhnlicher Privatverrechnungen. Wegen pflichtwidrigen Gebahrens bei Handhabung obrigkeitlicher Funktionen, z. B. der Militäreinquartierung, der Steuereinhebung, der Handhabung der Ortspolizei u. s. w., können die Organe der autonomen Verwaltung, so lange ein das Verschulden derselben constatirendes Erkenntnis der competenten Administrativinstanz nicht vorliegt, im Rechtswege auf Schadenersatz nicht belangt werden.

In diesem Sinne ergingen die E. d. obst. G. H. v. 4. April 1866, Gl. U. V, S. 361 und 364 und V. G. H. 81; richtig aber auch R. G. 173 (der Widerspruch im Endresultat, den Mayrhofer II, S. 654 nicht aufklären kann, löst sich im Hinblick auf die im Texte gemachte Unterscheidung von selbst). Unrichtig dagegen V. G. H. 512. Die ausschliessliche Zulässigkeit des Rechtsweges hinsichtlich der aus der Vermögensgebahrung entspringenden Ansprüche ist anerkannt in V. G. H. 365, 865, 1526, 1657 und den in Note 15 citirten Judikaten. Für prinzipiell verfehlt halte ich die Bestimmungen des § 64 der böhm. u. § 64 der galiz. Gem. O., welche ausnamslos „Ersatzansprüche der Gemeinde“ gegen ihre Funktionäre aus dem Titel der „Verantwortlichkeit für Amtshandlungen“ auf den Rechtsweg weisen.

Insbesondere sind in solchem Falle Besitz-, Eigentums- und Schadenersatzklagen unbedingt zulässig.

5) Ansprüche der letztgenannten Art, welche nicht gegen das amtliche Organ selbst, sondern gegen Dritte geltend gemacht werden, können stets im Rechtswege ausgetragen werden.[9])

---

[9]) In dieser Frage schwankt die Praxis: es fehlt offenbar das theoretisch-leitende Prinzip. Dieses aber ist einfach genug, wenn man bedenkt, dass hier von der Gefahr einer Doppelverantwortlichkeit nicht die Rede sein kann, daher der allgemeine Grundsatz wieder zur Geltung kommt.

Demgemäss werden Ersatzansprüche gegen Erben oder Bürgen der Amtsorgane im Rechtswege ausgetragen werden können. An sich ist keine Instanz, am allerwenigsten das Gericht unfähig, präjudizielle Vorfragen einer anderen Competenzsphäre incidenter zu entscheiden, sofern diess nicht ausdrücklich im Gesetze verboten ist.

Auch die Schadenersatzklage gegen den Staat wegen pflichtwidriger Handlungen der Verwaltungsorgane ist prinzipiell zulässig; nur wird eine solche Klage regelmässig — aber merital und nicht wegen Incompetenz — von den Gerichten abgewiesen werden müssen, weil das österreichische materielle Recht diese Haftung des Staates nicht anerkennt (vgl. E. Löning: Über die Haftung des Staates u. s. w. u. Verw. R. S. 786). Die Sache liegt in diesem Falle also nach österr. Recht so, wie wenn ein materiell-rechtlich nicht fundirbarer Anspruch z. B. aus einem verbotenen Geschäfte oder zu einer unmöglichen Leistung erhoben wurde. Im Prinzip aber kann man den Rechtsweg nicht ausschliessen. Mit Recht wurde daher vom R. G. (Nr. 152) der Rechtsweg über eine Schadenersatzklage gegen den Staat, wegen eines gesetzwidrigen Pferdeausfuhrverbotes anerkannt. Hinsichtlich der richterlichen Beamten ist das materiell-rechtliche Medium durch das Gesetz vom 12. Juli 1872, Nr. 112, gegeben, wonach der Staat als Bürge und Zaler haftet. Die Vorfrage des Verschuldens ist auch hier prinzipiell im Rechtswege zu lösen. Doch kann auch das Ergebnis des Straf- oder Disciplinarverfarens abgewartet werden; die Parteien haben ein Recht, diess zu verlangen (§ 14 c. l.). In diesem Fall ist die Feststellung des straf- oder disciplinarbehördlichen Erkenntnisses selbstverständlich bindend. Allein, wenn Mangels eines Parteiantrages das Verfaren nicht ausgesetzt wurde oder die persönliche Verfolgung des Beamten wegen Abwesenheit, Tod u. s. w. unmöglich ist, unterliegt die Vorfrage des Verschuldens der civilgerichtlichen Prüfung. Genau dasselbe gilt, wenn der Staat den Beamten auf Rückersatz klagt (§ 19 u. 21 c. l.) vorbehaltlich natürlich der Beschränkungen, welche durch die materielle Rechtskraft des Ersatzerkenntnisses gegenüber dem Nebenintervenienten entstehen (§ 22 l. c.).

Ganz identisch ist das Verhältnis, wenn eine Gemeinde nach § 37 der böhm. u. § 34 der galiz. G. O. für den durch Vernachlässigung der Ortspolizei zugefügten Schaden belangt wird. Hier besteht jedoch die Spezialnorm, dass der Rechtsweg nicht über die Frage der Ersatzpflicht selbst, sondern nur über deren Höhe zulässig ist. (E. d. obst. G. H. v. 10. April 1883, Geller, C. B. II, Nr. 254.) Vgl. zu der ganzen Materie Sarwey a. a. O. S. 316 ff.

Ausserdem gibt es im österr. Recht noch einige ganz spezielle Ausnamen vom obigen Grundsatz.

Solche sind enthalten in § 48 Priv. Gesetzes vom 15. Aug. 1852, wonach die Gerichte, falls für ihre Entscheidungen in Privilegiensachen solche Vorfragen präjudiziell werden, über welche das Erkenntnis dem Handelsministerium zusteht (Ungiltigkeit, Neuheit, Identität

---

Besitzstörungs- und Eigentumsklagen, deren Gegenstand eine durch obrigkeitliche Verfügung provozirte Privathandlung ist, gehören somit dann auf den Rechtsweg, wenn sie nicht gegen das Amtsorgan selbst, sondern gegen Dritte gerichtet werden. Das Gericht hat dann die Vorfrage der Gesetzmässigkeit der obrigkeitlichen Verfügung zu prüfen. Die österr. Praxis schwankt. Vgl. die Nachweisung bei Randa, Besitz S. 217, Note 26; ausserdem: E. d. obst. G. H. v. 23. März 1880 (Z. f. V., 1882, S. 79); v. 14. Sept. 1881 (ebenda 1882, S. 15, jedoch mit teilweise unrichtiger Motivirung, vgl. Note 5); v. 29. Sept. 1875 (ebenda 1876, S. 39); v. 6. Nov. 1877 (ebenda 1878, S. 71); v. 9. Mai 1878 (ebenda 1878, S. 181); v. 11. Juli 1882 (Geller, C. B. II, Nr. 197); v. 29. Mai 1883 (ebenda Nr. 240), R. G. 113 u. 194 (durchaus nicht „analog“, wie Hye V, S. 1028 behauptet, ist der Satz, den Nr. 227 aufstellt, vgl. Note 7). Neuestens sprach sich der Obst. G. H. in der E. v. 2. Nov. 1883 (Jur. Bl., 1883, S. 630) für die Unzulässigkeit des Rechtswegs über die Besitzst. Kl. geg. einen Bergwerksbesitzer wegen eines aus Überschwemmungsrücksichten von der polit. Behörde angeordneten Dammes aus. Vgl. die E. des Berl. G. H. f. Comp. Confl. v. 12. Jänner 1884 und des R. G. v. 25. März 1884 (Reger V, S. 241) wo der Rechtsweg über die Negatoria gegen eine Gemeinde, welche sich auf die Öffentlichkeit eines Weges berief, für zulässig erklärt wurde. Liegt eine competenterweise gefällter Entscheidung der Adm. Behörde über die Öffentlichkeit des Weges vor, so ist die Klage merital abzuweisen, im andern Fall ist die Vorfrage vom Gericht selbst zu prüfen und incidenter zu entscheiden.

Im Wesentlichen gleich lag die Sache in dem bekannten Rechtsfall zwischen der Commune Wien und der Wiener Tramway-Gesellschaft. Die Incompetenzerklärung der Gerichte lässt sich nicht rechtfertigen: so gut jedes Gericht den Rechtsweg über eine Besitzstörungsklage zulässt, deren Gegenstand die bei einer gerichtlichen Feilbietung erfolgte Besitzeinweisung Dritter beinhaltet, ebensowol mussten auch hier die Gerichte sich für competent erklären, mochte es sich auch nicht um eine gerichtliche, sondern um eine administrative Verfügung handeln. Die Klage wäre vorliegenden Falls m. E. nicht wegen Incompetenz a limine, sondern merital abzuweisen gewesen, weil in Folge der behördlichen Ermächtigung das Moment der Eigenmächtigkeit hinwegfiel. Die Gesetzmässigkeit der adm. Entscheidung unterlag dann nur in der Richtung der Prüfung des Gerichtes, dass dieselbe bei sachlicher Incompetenz der politischen Behörde oder wegen wesentlicher Mängel des Verfarens ignorirt werden durfte (vgl. unten Seite 235). Damit wäre aber gewiss ihre Gesetzmässigkeit noch nicht ausgesprochen, vielmehr hätte die Concession aus materiell-rechtlichen Gründen noch immer vom V. G. H. cassirt werden können.

der Privilegien), zur Prüfung und Incidenzentscheidung derselben nicht berechtigt sind. So fasse ich wenigstens den Satz auf: „ . . . so liegt „es den Parteien ob, hierüber das Erkenntnis des Handelsministeriums „zu erwirken und . . . beizubringen." Nicht so zweifellos ist die Sache hinsichtlich des Musterschutzes (§ 19 des Ges. vom 7. Dezbr. 1858, Nr. 237) und des Markenschutzes (§ 23 des Ges. vom 7. Dezbr. 1858, No. 230). Zur Verhandlung und Entscheidung über Eingriffe in diese Rechte, beziehungsweise über deren Priorität, Übertragung und Verlust werden zwar auch die politischen Behörden für competent erklärt; ob aber bei Entschädigungsansprüchen civiler Natur, für welche derlei Vorfragen präjudiziell sind, die Entscheidung an die politische Behörde abzugeben, beziehungsweise von dieser einzuholen sei, darüber existirt keine ausdrückliche Bestimmung. Daher muss man die Gerichte als zur Entscheidung solcher Incidentfragen berechtigt ansehen; denn die Ausnamen von der allgemeinen Regel sind strikte zu interpretiren und innere Gründe für eine Analogie mit den Privilegiensachen sind nicht vorhanden.

Dagegen wird in § 20 des Musterschutzgesetzes die politische Behörde verpflichtet, privatrechtliche Vorfragen nicht selbst incidenter zu entscheiden, sondern die Entscheidung des Gerichtes, die bindend ist, abzuwarten.

Eine analoge Vorschrift enthält § 37 des Heimatsgesetzes. Doch wird diese Anordnung nicht immer durchführbar sein, weil ja die gerichtliche Ingerenz hinsichtlich der privatrechtlichen Präjudizialfragen von der Klageerhebung abhängt. Ich wüsste aber nicht, wie die politische Behörde dieselbe erzwingen könnte, wenn die berechtigte Partei daran kein Interesse hat oder die sonstigen Bedingungen der Klageerhebung nicht vorliegen. In solchen Fällen wird daher die politische Behörde, trotz der Norm des § 37 Heim. Ges. auch privatrechtliche Vorfragen incidenter zu entscheiden haben. (Vgl. unten Note 36.)[10])

---

[10]) Nehmen wir z. B. den Fall, dass bezüglich eines in seine Heimatsgemeinde abzuschiebenden Individuums das Heimatsrecht streitig wird, weil es fraglich ist, ob dasselbe ein eheliches oder uneheliches Kind war. Wie soll die politische Behörde das Heimatsrecht nun feststellen, wenn es auf die gerichtliche Entscheidung angewiesen wäre, der allein zur Klage Berechtigte aber die Klage nicht erhebt? Die bereits citirte E. d. M. d. I. v. 28. März 1877 (Z. f. V., 1877, S. 191) enthält einen ähnlichen Fall: das M. d. I. war gezwungen selbst über die Ehelichkeit eines Kindes, um dessen Heimatszuständigkeit es sich handelte, incidenter zu entscheiden, weil in dem Streit über die Giltigkeit der Ehe die Ehelichkeit des Kindes (Putativehe!) nicht bestritten wurde. Es geschah diess denn auch Seitens des

Abgesehen von diesen singulären Ausnamen[11]) lässt sich für's österreichische Recht der durch die Praxis der Behörden anerkannte Satz aufstellen, dass jede Behörde die zu einem fremden Ressort gehörigen Präjudizialfragen selbst zu prüfen und incidenter zu entscheiden hat.[12]) Hieraus folgen zwei wichtige Consequenzen.

Erstens, dass diese Incidentfeststellung der materiellen Rechtskraft entbehrt. Vor dem fremden Ressort ist die Präjudizialfrage dadurch nicht res judicata geworden, weil die Behörde zur meri-

---

Ministeriums, freilich ohne aufzuklären, wie dieser Vorgang mit § 37 Heim. Ges. vereinbar sei. Ähnlich war der Vorgang in dem Rechtsfall, der bei V. G. H. 2331 vorlag. Vgl. übrigens G. Meyer, Verw. R. I, S. 91.

In dem Falle des § 20 Musterschutzgesetz liegt die Sache prinzipiell anders, weil dort stets ein Parteiantrag vorliegen muss.

[11]) Nicht unter die Ausnamen rechne ich die Pflicht der Gerichte, bei der Neuanlegung von Grundbüchern sich über die Frage, ob ein Grund öffentliches Gut (Weg, Wasser) sei, mit den politischen Behörden ins Einvernehmen zu setzen, wenn die Sache zweifelhaft oder bestritten ist. E. d. obst. G. H. v. 6. Febr. 1883 (Geller II, Nr. 97); v. 14. März 1883 (ebenda Nr. 98); v. 27 Jänner 1884 (ebenda Nr. 219) u. Pleniss. Beschl. dess. vom 6. Mai 1884, Jud. B. Nr. 115. Denn hier handelt es sich nicht um die Entscheidung einer Rechtsfrage durch das Gericht, sondern um eine im ausserstreitigen Verfaren erfolgende Anfertigung öffentlicher Urkunden.

Ähnlich steht die Sache hinsichtlich der Eintragung der Realeigenschaft eines Gewerbes ins Grundbuch. Vgl. hierüber die ausführliche Min. Vdg. v. 31. Okt. 1856, Nr. 204.

[12]) Erwähnenswert erscheint mir, dass die bayr. Civ. Pr. O. vom Jahre 1869 in § 190 al. 2 den Gerichten obligatorisch die Einholung des Beschlusses der competenten Verwaltungsbehörde über verwaltungsrechtliche Vorfragen vorgeschrieben hatte. (Vgl. hiezu die E. d. bayr. O. G. H. v. 1. Juli 1878, Hauser's Ztschr. IV, S. 331 u. Hartmann's Ztschr. 1879, S. 642.)

Die deutsche R. C. P. O. normirt in § 139, dass, wenn ein Rechtsstreit von präjudiziellen Vorfragen abhängt, zu deren Feststellung eine Verwaltungsbehörde sachlich zuständig ist, das Gericht anordnen kann, dass die Entscheidung bis zur Erledigung der Sache durch die Verwaltungsbehörde auszusetzen sei, ein Beschluss, der nach § 141 wieder aufgehoben werden kann. (Vgl. schon Weizel, Comm. S. 107 ff.; Leuthold, Sächs. V. R. S. 138.) Identisch damit § 219 u. 221 des österr. Entw. der C. P. O. v. 1881. Bei dieser fakultativen Teilung der Competenz wäre wol auch eine Norm über die Wirkung des administrativen Erkenntnisses auf das Gericht am Platze. Mit Unrecht behauptet Samitsch I, S. 358, dass schon derzeit ein solcher Vorgang der Gerichte nach österr. Recht zulässig sei. De lege ferenda ist die Bestimmung der D. R. C. P. O. wol nachahmenswert, weil sie vielen Conflikten auszuweichen Gelegenheit bietet. Das wichtigste Moment ist, dass die Zulässigkeit des Rechtsweges durch derlei Vorfragen nicht alterirt werde.

talen Erledigung derselben sachlich unzuständig ist und nur die Entscheidung der sachlich zuständigen Behörde materielle Rechtskraft besitzt.[13])

Zweitens, dass eine derartige Incidententscheidung eine Rechtsverletzung an sich nicht enthält.[13a]) Denn nur die Meritalerledigung, nicht die Motive der Entscheidung können hier subjektive Rechte verletzen. Wenn solche Incidentfeststellungen von Verwaltungsbehörden ausgehen, so ist gegen dieselben folgerichtig der Rechtsweg nach Art. 15 des St. G. G. vom 21. Dezember 1867, No. 144, al. 1, unzulässig.[14])

Nunmehr gelangen wir zum zweiten jener Fälle, deren wir Eingangs dieses Paragraphs Erwähnung gemacht.

Liegt eine Entscheidung der sachlich zuständigen Behörde (also eine Meritalentscheidung) vor, so frägt es sich, welchen Einfluss dieselbe übt, wenn die entschiedene Frage späterhin als Präjudizialpunkt einer Angelegenheit zur Sprache kommt, die zu einem fremden Ressort gehört? Ich glaube, die auf diesem Gebiete entstehenden mannigfachen Zweifel und Schwierigkeiten lassen sich nur lösen, wenn man die Grundsätze der materiellen Rechtskraft zur Anwendung bringt. Es wäre dann unsere Aufgabe, das auf deduktivem Wege gewonnene einheitliche Prinzip in seinen Einzelanwendungen zu prüfen und dessen Richtigkeit zu constatiren, die Fälle seiner Nichtanwendbarkeit hingegen aus den allgemeinen Grundsätzen, die wir in vorliegender Schrift entwickelt haben, zu erklären.

Wir wenden hiebei bewusst die construktive Methode an, weil wir allein durch sie in den Stand gesetzt sind, ein allgemeines Prinzip zu gewinnen, das, einmal als richtig erkannt, beim Fehlen spezieller Gesetzesnormen zur Entscheidung zweifelhafter Rechtsfälle mit Erfolg verwendbar ist und so auf die Praxis erläuternd und verbessernd zurückwirkt.

---

[13]) Man ersieht hieraus, wie flach das oft gehörte, selbst von österreichischen Gerichten wiederholt gebrauchte Argument gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges beim Vorliegen verwaltungsrechtlicher Präjudizialfragen ist, dass der gerichtliche Ausspruch der Sentenz des competenten Administrativorganes präjudiziren müsste.

Übereinstimmend E. Löning, V. R. S. 786; Sarwey a. a. O. S. 658, 661.

Also in der sachlichen Unzuständigkeit, nicht in dem Umstand, dass die Feststellung in den Entscheidungsgründen geschah, liegt der Grund, dass der Incidentfeststellung hier die materielle Rechtskraft mangelt.

[13a]) Ulbrich, St. R. S. 447; Sarwey a. a. O. S. 656.

[14]) Rösler in Grünhut's Zschr. IV, S. 309 u. 310. Das Nähere unten.

Schon bisher wurde von vielen Seiten die Notwendigkeit anerkannt, Entscheidungen der competenten Behörden bindende Wirkung für fremde Ressorts zuzuschreiben, ohne dass der Versuch gemacht worden wäre, dieselbe theoretisch zu rechtfertigen. Wie erklärt sich aber ein solches sacrificio dell' intelletto Seitens der entscheidenden Behörde, die ja doch an sich beim Aufbauen ihrer Schlüsse, bei Feststellung ihrer Prämissen völlig frei ist? So wie eine Behörde die von einer Instanz fremden Ressorts gefällte Entscheidung als bindendes Judikat betrachtet, kann sie nicht anders, als in Befolgung einer Rechtsnorm handeln, welche allein die naturgemässe Freiheit der Denkoperation in so empfindlicher Weise zu schmälern im Stande ist. Die Praxis ist nun ganz entschieden von dem unklaren Gefühl beherrscht, dass eine solche Rechtsnorm bestehe. Wir bemühen uns nur, diese Rechtsempfindung in bewusste Denktätigkeit umzusetzen, indem wir dieselbe als eine Funktion des Prinzips der materiellen Rechtskraft erkennen. Denn was ist jene bindende Judikatswirkung Anderes als materielle Rechtskraft?

Das Postulat der gegenseitigen Unabhängigkeit der verschiedenen Behördensysteme von einander findet hier seine Grenze. Es ist zur Genüge gewahrt, wenn jeder Behörde die Freiheit gegeben ist, Vorfragen fremder Ressorts selbst zu prüfen und incidenter festzustellen, so lange die competente Behörde nicht selbst eine Entscheidung gefällt hat.

Liegt aber eine solche Entscheidung schon vor, wo in aller Welt liesse sich mehr Garantie für die Richtigkeit und relative Vollkommenheit der Entscheidung finden, als bei jener Instanz, welche die Rechtsordnung selbst dazu am meisten für befähigt hält, indem sie ihr die sachliche Zuständigkeit in der Sache zugeschrieben hat?

Die zwingenden Erwägungen, welche das „centrale Rechtsinstitut“ der materiellen Rechtskraft im Gebiete des Straf- und Privatrechts, späterhin des Verwaltungsrechtes mit Notwendigkeit aus den Bedürfnissen des Lebens herausgebildet haben, machen sicherlich dort nicht Halt, wo wir an den Grenzen dieser Gebiete stehen. Im Gegenteile; nirgends reagirt das Bedürfnis nach Rechtssicherheit so sehr gegen Störungen als gerade hier. Divergirende Rechtsfindung der Rechtsfindungsorgane demoralisirt das öffentliche Rechtsbewusstsein am meisten, wenn die letzteren verschiedenen Ressorts angehören; denn wer wüsste nicht, wie leicht sich hieraus tiefgehende politische Conflikte entwickeln können? Schon die Divergenz in den Motiven, also differirende Rechtsanschauungen, sind allemal eine Calamität, zu deren Sanirung derzeit freilich die Rechtsordnung nicht ausreicht; Unwirksam-

keit der Meritalentscheidungen jedoch wäre meines Erachtens bei der Gleichwertigkeit der von den verschiedenen Ressorts ausgehenden Rechtsprechung ein gefärlicher Anachronismus.

Wir wenden also einfach die Grundsätze der materiellen Rechtskraft auf den vorliegenden Fall an und kommen damit zu folgenden Resultaten:

Nur eine competenterweise gefällte Entscheidung kann auf Behörden fremder Ressorts bindend einwirken.

Behördliche Schlüsse und Beschlüsse, welche sich auf Privatrechtsverhältnisse beziehen, haben wie überhaupt gegen Dritte, so auch gegen fremde Behörden, keine Rechtswirksamkeit. Dahin gehören vor Allem die durch die Vermögensverwaltung behördlicher Organe entstehenden administrativen Ersatzerkenntnisse, Notionirungen, Buchhaltereierledigungen u. s. w., deren Anfechtung auf dem Rechtswege zulässig ist.[15])

Ebensowenig besitzen ämtliche Beurkundungen für Behörden fremder Ressorts bindende Judikatswirkungen. Die Beweiswirkung der ämtlichen Beurkundung ist zwar auch eine absolute, gegen Jedermann wirksame[16]), und insofern der Judikatswirkung sehr ähnlich. Allein gegen die Beweiskraft derselben ist ein Gegenbeweis zulässig[17]), daher

---

[15]) Siehe hierüber oben S. 130. Anderweitige Beispiele einer in Form von administrativen Akten gekleideten Erhebung eines Privatrechtsanspruchs oben in § 7, Note 11. Vgl. ferner E. d. obst. G. H. v. 7. Nov. 1877 (Z. f. V., 1878, S. 72) u. v. 16. Sept. 1880 (Z. f. V., 1881, S. 134, woselbst Beweiskraft mit Judikatswirkung verwechselt wird); dann Note d. M. d. I. v. 8. Nov. 1869 (Z. f. V., 1870, S. 7); E. dess. v. 10. Juli 1870 (Mh. I, S. 653); v. 13. Nov. 1878 (Z. f. V., 1879, S. 34); E. d. oberöst. L. A. v. 16. Jänner 1868 (Scheda, Judikate in Gem. Ang. S. 134); V. G. H. 365, 865, 1526, 1657, 2228, 2323; E. d. obst. G. H. v. 17. Mai 1877 (Z. f. V.. 1878, S. 32); R. G. 173 u. s. w.

Gegen die Verwaltungsbehörden (richtiger gegen den durch sie vertretenen Körper) sind daher bei dieser Sachlage auch Besitzstörungsklagen zulässig: so entschied mit Recht E. d. obst. G. H. v. 25. Okt. 1870, G. Ztg. 1871, S. 3, in welchem Falle die Staatsverwaltung das Jesuitencollegium in Ragusa aus einem Gebäude mit der Motivirung vertrieben hatte, dass das Gebäude der Schule gehöre, von deren Leitung der Orden entfernt wurde. Im entgegengesetzten Sinne entschied der französische Conseil d'Etat vor einigen Jahren mehrere ganz ähnliche Rechtsfälle.

[16]) § 114 A. G. O., §§ 380, 382 u. 383 D. R. C. P. O.

[17]) § 380 al. 2, § 383 al. 2 u. 3 c. l. — § 382 c. l. spricht blos von dem durch die Urkunde hergestellten Beweise darüber, dass ein ämtlicher Akt (also auch eine Entscheidung) in der beurkundeten Form ergangen ist, nicht aber, dass der Inhalt der Verfügung, Entscheidung u. s. w. richtig oder gesetzmässig sei. Die Entscheidung kann daher zwar selbst

folgt aus derselben noch nicht die bindende Wirkung für Behörden fremder Ressorts.[18]) Ein Gegenbeweis dagegen jedoch, dass der in der Entscheidung enthaltene Schluss unrichtig sei, ist nicht nur logisch unmöglich[19]), sondern auch rechtlich mit dem Wesen der Rechtskraft nicht vereinbar.

Den Beurkundungen gleich stehen Auskünfte von Behörden über Gegenstände ihres ämtlichen Wirkungskreises, Äusserungen, Belehrungen u. dgl., weil denselben gleichfalls der Charakter von Entscheidungen abgeht.[20]) Schwieriger liegt die Sache bei Verordnungen und Ver-

---

Gegenstand eines Beweises, nicht aber Beweismittel sein, was in § 543 al. 7a der D. R. C. P. O. verkannt wird.

[18]) Vgl. z. B. Just. Min. Erl. v. 16. April 1871, womit die Würdigung der Beweiskraft der gemeindeämtlichen Zugehörigkeitszeugnisse von Trennstücken des Stammgrundbuchskörpers dem Ermessen der Gerichte überlassen wird. (Vgl. auch E. d. M. d. I. v. 5. Juli 1877, Z. f. V., 1877, S. 174). Dasselbe gilt anderen Behörden gegenüber (Peyrer, W. R. S. 580). Steuerämtlichen Zeugnissen dieser Art weist mit Unrecht volle Beweiskraft zu die E. d. obst. G. H. v. 28. Mai 1878 (Z. f. V., 1878, S. 142); siehe dazu die bei Mh. I, S. 435 abgedruckten Judikate. R. G. 15, 29 (Beweiskraft der von autonomen Behörden [Landesausschüssen] ausgestellten Urkunden gegenüber anderen autonomen Behörden; V. G. H. 1874, 1877, 1878: bindende Wirkung der steuerämtlichen Zeugnisse über die Steuerleistung auf die Walcommissionen; E. d. obst. G. H. v. 13. Febr. 1878 (G. H. 1879, No. 34): bindende Wirkung des steuerämtlichen Rückstandsausweises für die Einräumung des bevorzugten Pfandrechts bei der Meistbotsverteilung; E. d. M. d. I. v. 20. Okt. 1870 (Z. f. V., 1871, S. 95): bezüglich der Zuerkennung des Armendrittels an Verwandte eines verstorbenen Weltpriesters.

[19]) Denn der Beweis ist lediglich bestimmt, tatsächliche Urteile zu widerlegen, nicht rechtliche Schlüsse. Wenn eine Behörde ein Rechtsverhältnis in einer Urkunde als bestehend anerkennt, so enthält die Urkunde nicht einen Beweis für die Richtigkeit des Rechtsverhältnisses, sondern einen Beweis dafür, dass die Erklärung erfolgt ist. Diese Erklärung kann zwar die Consequenz eines Schlusses über den Bestand des Rechtsverhältnisses sein, nicht aber diesen selbst enthalten; letzteres müsste in Form der Entscheidung geschehen. Beispielsweise enthält der Heimatschein genau genommen nicht die Beurkundung des Heimatrechtes (was ein logisch undenkbarer Vorgang wäre), sondern die Beurkundung, dass eine Gemeindevorstehung das Heimatsrecht anerkannt habe. Der Heimatschein ist daher stets nur Beweismittel, nie Entscheidung. Vgl. oben § 11, Seite 135. Das Heimatsrecht anerkennen und daher den Heimatschein ausstellen, kann die Gemeindevertretung, entscheiden darüber blos die politische Behörde. Sehr richtig und scharf formulirt ist die Sache in V. G. H. 91 u. 171. Wenn § 35 Heim. Ges. vom „Ungiltigwerden des Heimatscheins" spricht, so ist damit offenbar nur „Verlust der Beweiswirkung" gemeint.

[20]) Von bindender Wirkung derselben kann schon darum nicht die Rede sein, weil sie im ämtlichen Verkehr der Behörden unter einander über An-

fügungen. In dieser Beziehung werden lediglich die Rechtswirkungen derlei administrativer Akte zu den Gerichten fraglich, nicht aber die umgekehrte Constellation, daher wir im Nachfolgenden nur jenen Fall im Auge behalten werden.

Wie oben in § 11 entwickelt, haben die logischen Prämissen von Verordnungen und Verfügungen, soferne sie nicht in Form besonderer Entscheidung ergehen, überhaupt nicht die Kraft der res judicata. Es ist daher selbstverständlich, dass auch die Frage der Notwendigkeit oder Zulässigkeit eines derartigen Aktes dadurch dem Gerichte gegenüber keine entschiedene Frage wird. Das Gericht darf daher bei seiner Entscheidung von Prämissen ausgehen, welche mit denen der Verwaltung im Widerspruch stehen. Hinsichtlich der Verordnungen ist dieser Satz in Art. 7 des St. G. G. v. 21. Dezember 1867, No. 144, ausgesprochen. Es existirt hierüber, wie bekannt, eine ziemlich ausgedehnte Literatur, welche die Frage in einseitiger Weise gerade nur den allgemeinen Verordnungen gegenüber breitgetreten hat. Indess folgt dasselbe Prinzip auch hinsichtlich der conkreten Verfügungen aus dem Umstande, dass es sich hier nicht um die Wirksamkeit von Emanationen der rechtsprechenden Gewalt handelt.[21])

Allein gleichwol lässt sich im heutigen Staate, speziell in Österreich, eine völlige Freiheit der gerichtlichen Beurteilung der gedachten administrativen Akte nicht aufrecht erhalten. Erstens darum nicht,

---

frage oder Requisition ergehen, daher den Parteien vor Erlassung derselben rechtliches Gehör nicht gewährt wird. Diess Moment wird häufig übersehen. Besonders in früherer Zeit liebten es die österreichischen Gerichte, selbst noch nach Einführung des Reichsgerichts, sich Wolmeinungen der politischen Behörden über die Competenzfrage auf Grund des Hofd. v. 23. Juni 1820, Nr. 1669, einzuholen. Vgl. Randa a. a. O. S. 217 u. den Aufsatz in der G. Ztg., 1870, S. 77; dann E. d. obst. G. H. v. 11. Juli 1872 u. 27. Sept. 1872, Sp. R. 2 u. 21. Diese „Wohlmeinungen" wurden dann als „öffentliche Urkunden" betrachtet, an welche „Jedermann", also auch das Gericht, gebunden sei. — An Bequemlichkeit lässt diese Art der Lösung unangenehmer publizistischer Präjudizialfragen Nichts zu wünschen übrig; über den inneren Wert dieser juristischen Deduktion brauche ich wol nicht zu sprechen.

Hinsichtlich der Competenzfrage wäre der Vorgang des § 139 D. R. C. P. O. nicht zulässig, weil die politische Behörde zur Feststellung derselben nicht competent ist und überhaupt ein „Rechtsverhältnis" bei dieser Frage gar nicht zur Entscheidung kommt.

[21]) Pražak (in Samitsch Ztschr. III, S. 28 ff. und Enteignung, S. 197) wendet den cit. Art. 7 zwar ohne Weiteres auch auf conkrete Verfügungen und Entscheidungen an, allein m. E. setzt er sich dadurch nicht nur mit dem Sprachgebrauch, sondern auch mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens in Widerspruch.

weil in einer Reihe von Fällen der Rechtsweg überhaupt durch das Vorhandensein einer derartigen Vorfrage ausgeschlossen wird. Es trifft diess, wie vorhin entwickelt wurde, überall dort zu, wo ausser in den vom Gesetze ausdrücklich normirten Fällen die persönliche Verantwortlichkeit oder Haftbarkeit des administrativen Organes wegen seines amtlichen Vorgehens vor dem Gerichte zur Austragung käme. Mit der Unzulässigkeit des Rechtsweges entfällt natürlich die Frage nach der Wirkung der Administrativakte auf das Gericht.

Zweitens insoferne nicht, als das Recht der Verwaltung, die von ihr formell correkt erlassenen Decernate zu vollstrecken, unmöglich würde.

Diess Recht der Verwaltung ist im österreichischen Recht selbst gesetzlich geregelt (Kais. Vdg. v. 21. April 1854, No. 96) und es geht diese lex specialis den allgemeinen Normen hinsichtlich der gerichtlichen Ingerenz vor.

Klagen gegen die Verwaltung, deren Anspruch die Annullirung oder Aufhebung eines administrativen Aktes involvirt, sind daher prinzipiell unzulässig und es wird, da in solchem Falle das Klagepetit nichts Anderes enthält, als die Umkehrung des Schlusses, welcher die Gesetzmässigkeit des Aktes behauptet, der Rechtsweg über eine solche Klage unzulässig sein.[22]) Was jedoch die Klagen gegen Dritte betrifft, deren Rechtsgrund in der Behauptung der Gesetzwidrigkeit eines administrativen Aktes liegt, so ist stets im Auge zu behalten, dass durch Erlassung desselben ein Privatrechtsverhältnis nicht entsteht[23]), jene Fälle ausgenommen, wo die Verwaltung auf

---

[22]) Das gilt insbesondere von der condictio indebiti, der condictio causa data, causa non secuta und der condictio sine causa. Die Behauptung, eine Leistung nicht schuldig gewesen zu sein, ist nur formell von der Behauptung des Leistungspflichtigen, der einen Auftrag zur Leistung bekämpft, verschieden. Die Behauptung der Nichtschuld ist daher ebensowenig, wie die Behauptung der Zalung, der Compensation u. s. w. ein sog. „Privatrechtstitel" und es existirt auch derzeit beim Bestande der Verwaltungsgerichtsbarkeit gar kein Bedürfnis dafür. Wieso gerade mit Bezug auf den österreichischen V. G. H. (in der Debatte anlässlich der Beratung des Gesetzentwurfes über denselben, Kaserer S. 76) Unger den Ausspruch tun konnte, es habe jeder, der dem Staate eine vom V. G. H. als gesetzwidrig erklärte Leistung prästirte, das Recht der civilrechtlichen Rückforderung im Wege der condictio indebiti vor den Gerichten, vermag ich nicht zu verstehen.

[23]) Der Lösung der Competenzfrage, welche R. G. 138 enthält, wird man daher nicht biestimmen können. Weder durch die Übernahme einer Jagdpachtcaution Seitens des Steueramtes, noch durch die Ablehnung der Zurückgabe derselben, welche in diesem Falle den Gegenstand der Klage bildete, entstand ein Privatrechtsverhältnis. Die Argumentation des R. G.,

wirtschaftlichem Gebiete Privatrechtsverhältnisse ordnet und schafft. Demgemäss ist der Rechtsweg weiters unzulässig bei Klagen, deren Anspruch auf Erfüllung eines administrativen Gebotes oder Verbotes geht oder deren Petit sich auf Annullirung oder Aufhebung der administrativen Verfügung richtet.

Der Rechtsweg gegen Dritte ist aber allerdings zulässig, wenn der rechtserzeugende Tatbestand nicht in der Gesetzwidrigkeit oder Gesetzmässigkeit eines administrativen Aktes, sondern ausserhalb desselben liegt, also z. B. in der Zufügung eines Schadens, in dem Eingriff in das Eigentumsrecht, in den Besitz. In solchem Falle muss es dem Geklagten überlassen werden, sich auf die behördliche Autorisation zu der angegriffenen Handlungsweise zu berufen. Das Privatrechtsverhältnis, welches den Rechtsgrund der Klage bildet, wird dadurch nicht alterirt. Nunmehr tritt dann die Frage heran, welchen Einfluss die administrative Aktion auf die Prämissen der gerichtlichen Entscheidung übt.

Diese Frage aber lässt sich wol nicht anders lösen, als dass man zwischen einfachen administrativen Akten und eigentlichen im Wege der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen einen Unterschied macht. Und hiemit kommen wir wieder zur Anwendung der Grundsätze der materiellen Rechtskraft zurück.

Die Prämissen einfacher administrativer Akte haben auf das Gericht gar keine bindende Wirkung, weil und wenn

---

dass durch die Verweigerung der Ausfolgung der Anspruch „auf den Boden einer rechtlichen Controverse gestellt wurde, in welcher „der Staat Partei „ist und daher nicht in einer Person durch seine Administrativorgane auch „Richter sein kann“, krankt vor Allem an der Identifizirung des Staates mit seinen Organen. Weiters aber: wäre dieser Satz richtig, so gäbe es bei Ansprüchen gegen den Staat wegen gekeulten Viehs, wegen Kriegs- oder Manöverschäden, dann in Steuer- und Gebührensachen keinen Rechtszug an den V. G. H., weil dieser und der Rechtsweg einander ausschliessen. Auch jede condictio indebiti wegen angeblich zu viel oder mit Unrecht gezalter Steuern und sonstiger Abgaben gehörte auf den Rechtsweg. Einer Widerlegung aus dem praktischen Leben bedarf diese Ansicht nicht. Sie ist nur möglich, wenn der im Text aufgestellte Satz nicht beachtet wird.

Analog, nur noch origineller, ist die E. d. obst. G. H. vom 10. Jänner 1860 (Gl. U. III, S. 12), welche ausführt, dass „durch die Creditirung der Wegmautgebühr ein privatrechtliches Verhältnis zwischen dem Mautpächter und dem Mautpflichtigen entstand.“ Nach dieser Argumentation brauchte man blos seine Steuer schuldig zu bleiben, um daraus ein Privatrechtsverhältnis zu schaffen. Die Eintreibung von aus öffentlichen Rechtsverhältnissen entspringenden Leistungen muss jedoch nach § 1 der kais. Vdg. v. 21. April 1854, No. 96, ausschliesslich im politischen Wege erfolgen.

sie nicht in Form einer Entscheidung nach ordnungsmässigem Verfaren ergingen.[24]) Eine einfache polizeiliche Verfügung Zwecks Offenhaltung eines Weges, Ableitung eines Gewässers wird daher zwar im politischen Wege vollstreckbar sein; die Prämissen dieser Verfügung jedoch, die Öffentlichkeit des Weges oder Gewässers u. s. w. sind für das Gericht nicht bindend.

Anders aber, wenn diese Beschaffenheit des Weges oder Gewässers durch einen Akt der Rechtsprechung festgestellt worden wäre. Die Entscheidung hat dann nach Massgabe der sogleich anzuführenden Beschränkungen dem Gerichte gegenüber materielle Rechtskraft. Es wäre in solchem Falle daher wol denkbar, dass der Klage auf Anerkennung des Eigentums stattgegeben würde, denn die Servitut des usus publicus ist mit diesem an sich gewiss nicht unvereinbar; das Gericht wäre aber nicht befugt, Verfügungen zu erlassen, welche mit diesem usus publicus im Widerspruch stehen, also z. B. dem Geklagten den Gebrauch des Weges, Gewässers zu verbieten. Ähnlich läge die Sache, wenn anderweitiger Gemeingebrauch, z. B. Widmung einer Realität als Schule, Kirche, Schul- oder Kirchendotation, Gemeindenutzungsgut u. dgl. im Wege rechtskräftiger administrativer Entscheidung festgestellt worden wäre.

Auf diesem Punkte begegnen wir auch wieder der Frage nach der Wirksamkeit gerichtlicher Urteile auf die Administration.

Wir werden sehen, dass trotz wesentlicher Verschiedenheiten im Einzelnen, das Prinzip nach beiden Richtungen hin von identischer Wirksamkeit ist.

Die Behörde, welche einer Entscheidung der gedachten Art sich gegenübersieht, ist durchaus nicht vorbehaltslos an deren Feststellungen gebunden. Aus den Grundsätzen, die wir bisher für die materielle Rechtskraft entwickelt haben (und allerdings auch unter Vorwegname der in den beiden folgenden Paragraphen dieser Schrift enthaltenen Ausführungen) gelangen wir vielmehr zu folgenden Resultaten. Einer Prüfung unterliegt die Entscheidung

1) Behufs Interpretation derselben; 2) hinsichtlich des Vorhandenseins gewisser Nichtigkeitsgründe; 3) hinsichtlich allfälliger Wiederaufnamsgründe.

---

[24]) Eine Ausname besteht hinsichtlich gewisser durch administrative Verfügung auferlegter Leistungen, deren Einbringung kraft positiver gesetzlicher Bestimmungen im Wege gerichtlicher Exekution gestattet ist, in welchem Falle sich das richterliche Prüfungsrecht auf die Constatirung der formellen Rechtskraft beschränkt. Vgl. hierüber die bei Mh. I, S. 202 abgedruckten Judikate.

Zu 1)

Dass der Sinn einer behördlichen Entscheidung zweifelhaft werden kann, lässt sich nicht bestreiten; gewiss gibt es deren auch solche, in welchen man beim besten Willen gar keinen Sinn entdecken kann. Es ist daher von grösster Wichtigkeit, zu bestimmen, wem es zusteht, die Entscheidung zu interpretiren. Der germanischen Grundanschauung entspricht es, diese Interpretation jener Behörde zu überlassen, gegen welche die Entscheidung wirken soll, während das französische Recht unter Anwendung der Phrase von der Teilung der Gewalten, die stets zur Anwendung kommt, wenn es sich um Ermöglichung parteilicher Administrativaktion handelt, dem entgegengesetzten Prinzip huldigt. Es ist aber klar, dass dann die Versuchung für die Verwaltung eine zu grosse wird, nach Bedarf etwas unterzulegen, was man auszulegen wol nicht im Stande wäre und auf diese Weise dem Akt eine Tragweite zu imputiren, die den Parteien ganz fremd bleiben musste.[25]) Obwol sich in diesem Punkte meines Wissens eine feststehende Praxis noch nicht gebildet hat, wird man wol nicht umhin können, die Unabhängigkeit der prüfenden Behörde für unser Recht zu behaupten. Eine Interpretation gerichtlicher Urteile durch das Gericht wäre bei dem Bestande unserer derzeitigen Civilprocessnormen ohnediess nicht tunlich.

Zu 2)

Hinsichtlich der Nichtigkeitsgründe müssen wir uns im Allgemeinen auf die Ausführungen des § 16 berufen.

Unter Bezugname auf dieselben ist hier Folgendes hervorzuheben. Jede Behörde hat das Recht und die Pflicht zu prüfen, ob die Entscheidung sachlich zuständigerweise ergangen ist, weil sachliche Incompetenz die Entscheidung absolut nichtig macht.[26]) Diessfällige

---

[25]) Das französische Recht schreibt für die streitige Interpretation administrativer Akte bezeichnend genug das Verfaren im „Contentieux" vor.

Beispiele von Interpretation gerichtlicher Akte durch die polit. Behörden bezw. den V. G. H.: V. G. H. 221, 1116, 1947. Es ist übrigens selbstverständlich, dass hier nur von der Interpretation des Sinnes die Rede ist. Äusserliche Mängel, Schreibfehler, Rechnungsfehler u. dgl. können sowol vom Gerichte als von der Verwaltungsbehörde jederzeit auch von Amtswegen berichtigt werden. Vgl. § 290—292 D. R. D. P. Burckhard, System II, S. 620.

[26]) Eine derartige Entscheidung hat überhaupt keine materielle Rechtskraft. Mit Unrecht lehnt daher R. G. 164 die Prüfung der Zuständigkeit des Disciplinargerichtes ab. (Dagegen auch Pražak a. a. O. S. 29 u. Bidermann in den Jur. Bl., 1879, S. 84.)

Häufig indess identifizirt ein vulgärer Sprachgebrauch „Unzuständigkeit" mit „Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse." Man gelangt damit zu dem französischen verschwommenen und für alle möglichen Zwecke

Parteianträge sind nicht erforderlich; eine einzige Ausname erleidet dieser Satz hinsichtlich der gerichtlichen Urteile, bezüglich welcher die Parteien und die Verwaltung[27]) mit Eintritt der formellen Rechtskraft das Recht verlieren, die sachliche Incompetenz geltend zu machen.

In allen übrigen Fällen ist die Zuständigkeit der entscheidenden Behörde von Amtswegen zu prüfen. Erklärt das Gericht die administrative Verfügung für unzuständigerweise erlassen, so bleibt der Verwaltung das Recht der Erhebung des Competenzconflikts; doch ist dieses Recht davon abhängig, dass der gerichtliche Akt noch nicht rechtskräftig wurde. Hinsichtlich der übrigen Nichtigkeitsgründe ist vorerst zu bemerken, dass die formelle Rechtskraft die Voraussetzung der bindenden Wirkung der Entscheidung ist (vgl. oben S. 128).[28])

---

verwendbaren „excès de pouvoir.“ Genau genommen ist dann eine Behörde zu jeder Amtshandlung, zu der sie nicht berechtigt, ja selbst zu einer solchen, die unzweckmässig war, nicht „zuständig“. Wenn eine Behörde mehr Steuer verlangt, als der Contribuent zu zalen schuldig ist, so liegt ein „excès de pouvoir“, aber kein Akt, zu dem sie nicht zuständig war, vor. „Unzuständigkeit“ in unserem Sinne ist vorhanden zunächst in Fällen strafgesetzlich verpönten „Missbrauchs“ der Amtsgewalt, ausserdem blos dann, wenn eine Behörde eine Handlung setzte, zu der nicht sie, sondern eine Behörde anderer Kategorie befugt war.

[27]) Arg. § 12, al. 3 des Ges. vom 18. April 1869, No. 44. Meines Erachtens ist diese Bestimmung mit § 48 Jur. N. insoferne sehr wol vereinbar, als das in § 48 Jur. N. gewährte Recht der Annullirung sachlich unzuständiger gerichtlicher Akte nach dem Eingangs citirten Gesetz nunmehr blos von der höheren Gerichtsbehörde ausgeübt werden kann. Nach dem Referate Randa's hält Pražak in der in Note 3 citirten Schrift § 48 Jur. N. durch § 12 des Ges. v. 18. April 1869 für derogirt. Ich wüsste nicht, auf welches Argument sich diese Ansicht stützen liesse. Das Ansuchen der Verwaltungsbehörde, von welchem § 48 Jur. N. spricht, ist eben nicht mehr die Erhebung eines Competenzconfliktes; nach Ablehnung desselben, Seitens des Obergerichtes bleibt das Urteil in Rechtskraft. Ich würde die entgegengesetzte Ansicht Prazak's für sehr gefärlich halten. Denn warum sollten gerade die Gerichte davor gefeit sein, eklatante Competenzüberschreitungen zu begehen? Interessante Beispiele solcher von den höheren Gerichtsbehörden erfolgten amtswegigen Cassation gerichtlicher rechtskräftiger Akte bieten die E. d. obst. G. H. v. 24. Sept. 1873 (Jur. Bl., 1873, S. 154) u. v. 19. Okt. 1880, (Z. f. V., 1881, S. 15). Durch das Eingangs citirte Gesetz wurde also nur bewirkt, dass das Recht zur Erhebung des Competenzconfliktes mit Rechtskraft des gerichtlichen Aktes erlischt.

[28]) In diesem Sinne erging mit Recht die E. d. obst. G. H. v. 17. Mai 1871 (G. Ztg., 1871, S. 327; die zweite Instanz hatte im umgekehrten Sinne entschieden). So wie die sachliche Zuständigkeit unterliegt auch die Einwendung der nicht eingetretenen formellen Rechtskraft der freien Prüfung der Behörde, gegen welche das Erkenntnis wirken soll. Von Amtswegen wird diese Prüfung jedoch nicht stattfinden dürfen.

Demgemäss sind die Parteien von der Geltendmachung aller Nichtigkeitsgründe präkludirt, die sie im ordentlichen gerichtlichen oder administrativen Verfaren anzubringen versäumt haben oder deren Geltendmachung fruchtlos blieb.

Nur die Versagung rechtlichen Gehörs macht eine Ausname, weil die Entscheidung dem übergangenen rechtlichen Interessenten gegenüber relativ nichtig ist und bleibt. Diese Einwendung wird daher stets zuzulassen und deren Stichhältigkeit zu prüfen sein.

Was die Rechte der Verwaltung betrifft, von Amtswegen nichtige Entscheidungen zu beheben (Aufsichtsrecht der höheren Behörden), so kommen hier, wie unten gezeigt wird, blos Nichtigkeitsgründe wegen wesentlicher Mängel des Verfarens in Betracht; die Geltendmachung dieser Nichtigkeitsgründe vor den Gerichten wird man daher auch hier den höheren Verwaltungsbehörden vorbehalten müssen.

Zu 3)

Hinsichtlich der Wiederaufnamsgründe ist gleichfalls auf die weiter unten (§ 17) folgende Darstellung zu verweisen.

Wiederaufnamsgründe, deren Geltendmachung im Interesse einer Partei liegt, müssen von dieser bei jener Behörde angebracht werden, von welcher die ursprüngliche Entscheidung ausging; denn so lange die Wiederaufname nicht bewilligt ist, besteht die Entscheidung zu Recht. Umstände, welche zur Wiederaufname von Amtswegen führen können, müssen, sofern die Behörde überhaupt von Amtswegen vorgehen darf, von Amtswegen erhoben werden. In diesem Falle sind die neuen Umstände oder Beweismittel der Entscheidung zu Grunde zu legen.

Soviel hinsichtlich des Prüfungsrechtes der fremden Behörde. Über das Verhältnis der gerichtlichen zu den administrativen Entscheidungen ist Folgendes zu bemerken.

Nicht alle Entscheidungen haben, wie wir gesehen, gleich intensive Wirkungen. Die Behörde vertritt, so ferne ein öffentliches Rechtsverhältnis in Frage steht, gewisse, ihr von der Rechtsordnung zugewiesene Interessensphären, deren Geltendmachung ausschliesslich ihr zusteht. Soll nun eine Entscheidung einer Behörde fremden Ressorts gegenüber wirken, so wird die Gesammtheit der durch jene Behörde vertretenen faktischen Interessenten durch die Judikatswirkung von der eigenen Geltendmachung ihrer Interessen präkludirt.

Von bindender Wirkung auf Behörden fremder Ressorts kann daher eine Entscheidung nur dann sein, wenn sie absolute Kraft besitzt, wenn sie jus facit inter omnes.

Hinsichtlich der Voraussetzungen dieser absoluten Wirksamkeit der Entscheidung haben wir uns hier lediglich auf die im vorigen

Paragraph enthaltenen Ausführungen zu beziehen. Es ergibt sich daraus, dass Entscheidungen über Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, bei deren Zustandekommen die von der Rechtsordnung anerkannten Gesammtinteressen durch die dazu designirten Organe vertreten waren, für alle Behörden bindend sind.

Meritalentscheidungen der Verwaltungsbehörden und -Gerichte sind daher für die ordentlichen Gerichte[29]), jene der staatlichen für die autonome Verwaltung[30]), jene der autonomen für die staatliche Verwaltung[31]), jene der Verwaltungsgerichte für die Verwaltungsbehörden[32]), jene der Verwaltungsbehörden für die Verwaltungsgerichte bindend.

---

[29]) Beispielsweise hinsichtlich der Öffentlichkeit eines Weges (E. des Berl. G. H. f. C. C. v. 12. Okt. 1872, Hartmann's Ztschr. I, S. 184, u. v. 12. Jänner 1884, Reger's Samml. V, S. 241), oder der höchsten zulässigen Stauhöhe (E. d. deutschen R. G. v. 11. Juni 1881, Reger II, S. 93) oder hinsichtlich der Feststellung des mittleren Wasserstandes (vgl. Pözl, Bayr. W. R. S. 74) oder wasserrechtlicher Gebrauchsrechte (E. d. obst. G. H. v. 19. Okt. 1880, Z. f. V., 1881, S. 15), oder hinsichtlich der Qualität einer Waare Seitens der Zollbehörde (E. d. obst. G. H. v. 23. Dezb. 1880, Z. f. V., 1882, S. 197), oder hinsichtlich der Höhe des Aufwandes an Armenversorgung für den civilen Ersatzprocess (§ 39 Heim. Gesetz u. § 64 n. ö. L. G. v. 15. Dez. 1882, No. 13 ex 1883). Bindende Wirkung des Judikats ist aber durchaus nicht identisch mit Unzulässigkeit des Rechtsweges. In dem Falle, welcher der E. d. obst. G. H. vom 19. Okt. 1880 (Z. f. V., 1881, S. 15) zu Grunde lag, wäre daher m. E. nicht der Rechtsweg für unzulässig zu erklären, sondern die Klage merital abzuweisen gewesen. Dasselbe gilt von der E. d. obst. G. H. v. 9. Mai 1878 (Z. f. V., 1878, S. 151), wo überdiess irrig angenommen wurde, die Genehmigung eines Jagdpachtes enthalte die „Entscheidung“ über das Recht zu jagen!

[30]) Siehe z. B. V. G. H. 1531: Die Entsch. der polit. Behörde, dass eine Realität ein ausgeschiedenes Gutsgebiet nicht sei, macht der autonomen Verwaltung gegenüber (hinsichtlich der Pflicht zur Beischaffung von Holz für die Gemeindestrassen) res judicata.

[31]) Vgl. die Nachweisung bei Mh. I, S. 643. Am häufigsten wird die Sache praktisch bei Entscheidungen autonomer Behörden, welche durch die politischen Behörden vollstreckt werden sollen, wobei allerdings das Sistirungsrecht der staatlichen Aufsichtsorgane im Wege stehen kann. Vgl. M. d. I. v. 16. März 1872, Z. f. V., 1872, S. 63; v. 1. Nov. 1873, Z. f. V., 1874, S. 15 u. Ges. v. 9. März 1870, No. 23; steir. Strassengesetz v. 9. Jän. 1870, § 18, dazu V. G. H. 1737. Bindende Wirkung des Benützungsconsenses für die Gebäudesteuerbemessung No. 113 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.

Dasselbe gilt von den Entscheidungen der Cultusbehörden hinsichtlich der Cultusbeiträge (G. Ztg., 1871, S. 248, 252; Mh. III, S. 90).

[32]) Beispiele sind zur Genüge an verschiedenen Stellen dieser Arbeit geliefert.

Die bindende Wirkung der verwaltungsgerichtlichen Judikate in der-

Das Gleiche gilt von allen Erkenntnissen und Urteilen in Strafsachen[33]), mögen sie von Gerichten, Disziplinargerichten oder -Behörden[34]),

---

selben Sache gehört nicht hieher, weil dann die Verwaltungsgerichte als Rechtsmittelinstanzen fungiren. In gleicher Weise sind auch die Entscheidungen der Gerichtshöfe für Competenzconflikte zu behandeln. Gleichwol hat das deutsche R. G. in der E. v. 25. März 1884 erkannt, dass trotz der in Mitten liegenden Lösung der Competenzfrage durch das Confliktsgericht, das Gericht über die neuerlich erhobene Einwendung der Unzuständigkeit selbstständig zu entscheiden habe. Eine ähnliche Frage kann auch gegenüber den Judikaten des öst. R. G. in Confliktssachen entstehen. — Verfehlt ist der Satz in den Motiven zu R. G. 147 (Hye IV, S. 715), dass das R. G. „nach der Natur der Sache" nur durch gerichtliche Sentenzen, nicht durch administrative Erkenntnisse gebunden werden könne. V. G. H. 739 erklärt die E. des R. G. hinsichtlich der privatrechtlichen Qualität des Vermögens der sog. communita in Fleims für die autonomen Behörden und für sich selbst als bindend. Implicite ist dieser Grundsatz auch in R. G. 142 ausgesprochen.

[33]) M. E. lässt sich in anderer Weise die Frage nach dem Einfluss des Strafurteils auf das Civilgericht nicht lösen. Hierüber existirt eine ganze Literatur, auf welche hier natürlich nicht weiter eingegangen werden kann. Massgebend bleibt immer, dass nur die Schuldfrage Gegenstand der Rechtskraft ist. Kommt es zum Ersatzprozess, so kann z. B. das Civilgericht die Ersatzpflicht halbiren, weil den Beschädigten auch ein Verschulden traf. Auch die Berücksichtigung neuer Umstände oder Beweismittel ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht ausgeschlossen. Dass aber in der Schuldfrage selbst das Civilgericht gebunden sein muss, erscheint mir, wie wol aus den bisherigen Ausführungen zu ersehen ist, eine durchaus unabweisbare Consequenz des durch das Delikt entstehenden öffentlichen Rechtsverhältnisses und der Mitwirkung der Staatsanwaltschaft.

[34]) Die bindende Wirkung aller ein Verschulden der Amtsorgane constatirenden Disciplinarerkenntnisse auf das Gericht (oder Verwaltungsgericht, in Osterreich auch das Reichsgericht) ist allgemein anerkannt. Vgl. §. 11 des Einf. Ges. zum deutschen G. Verf. Ges. v. 27. Jän. 1877 (dazu Bismark in Hartmann's Ztschr., 1879, S. 592; Sarwey a. a. O. S. 311, 313, 314, 323, 325; Schlayer in Hartmann's Ztschr., 1880, S. 97 ff.; Pražak in Samitsch, Ztschr. III in dem bereits mehrfach cit. Aufsatz: §. 5). Das österr. R. G. sprach diesen Satz constant aus: No. 116, 164, 170, 221; desgleichen oftmals der V. G. H. Dagegen erstreckt sich m. E. das Prüfungsrecht des R. G. oder V. G. H. allerdings darauf, ob die verhängte disciplinäre Massregel nach dem Gesetze auf Grund des Schulderkenntnisses verhängt werden durfte. R. G. 164 u. 170 daher in diesem Punkte unrichtig; vgl. Sarwey a. a. O. S. 323, Note 1. Vgl. auch oben Note 26. Abermals muss hier darauf aufmerksam gemacht werden: Gebundenheit an das Schulderkenntnis zieht nicht notwendig Unzulässigkeit des Rechtsweges nach sich; letzteres ist blos der Fall, wenn vor Fällung des Disziplinarerkenntnisses der Beamte persönlich geklagt wird (siehe oben Note 7). Auch in diesem Falle gilt, was in Note 33 hinsichtlich der strafgerichtlichen Urteile ausgeführt wurde, dass es nur in der Schuldfrage bindende Wirkung besitzt.

Finanz- oder anderen administrativen Behörden[35]) ausgehen, ferner von gerichtlichen Urteilen in Statussachen, sobald im Verfaren die Staatsanwaltschaft oder andere Vertreter öffentlicher Interessen intervenirten, nach österreichischem Recht also hinsichtlich der Giltigkeit einer Ehe und der Todeserklärung; dann von gerichtlichen Erkenntnissen im Verfaren ausser Streitsachen, weil hier die Gerichte die öffentlichen Interessen von Amtswegen zu wahren haben, so hinsichtlich der Grossjährigsprechung, der Legitimation, der Entmündigung u. s. w.

Die gerichtlichen Urteile über Privatrechtsverhältnisse haben jedoch diese Wirkung nicht; sie machen allerdings nur jus inter partes; aber immerhin jus inter partes. Den öffentlichen Interessen kann daher durch gerichtliche Urteile über privatrechtliche Vorfragen nie ein Abbruch geschehen; nur die Parteien werden durch dieselben präjudizirt. Eine darüber hinausgehende Wirkung des gerichtlichen Urteils bedürfte zu ihrer Geltung spezieller gesetzlicher Normen.[36])

---

[35]) In Polizeistrafsachen gegenüber den Gerichten: E. d. oberst. G. H. v. 19. Juli 1865 (Gl. U. V, S. 155): bindende Wirkung des E. über das Vorliegen eines Eingriffs in Gewerbsrechte für den Entschädigungsprocess; E. desselben v. 29. Mai 1883 (Ztschr. f. V., 1884, S. 79): Feldfrevel für die Besitzstörungsfrage; E. desselben v. 9. März 1876, Jur. Bl., 1876, S. 275; Strompolizeifrevel für den Schadenersatzprocess. Gegenüber dem R. G.: R. G. 202.

In Gefällsstrafsachen gegenüber den Steuerbehörden: V. G. H. 1158 und öfter.

In allgemein polizeilichen Angelegenheiten: E. d. oberst. G. H. v. 17. Mai 1871 (G. Ztg., 1871, S. 327): bindende Wirkung des nach §. 37 böhm. G. O. (bezw. §. 34 gal. G. O.) gegen die Gemeinde gefällten administrativen Ersatzerkenntnisses für die Klage hinsichtlich der Höhe des Ersatzes.

[36]) Eine solche lex specialis enthält §. 37 Heim. Ges., mit der wir uns schon oben (Note 3 und 10) beschäftiget haben. Es heisst daselbst: „In-„soweit bei diesen Angelegenheiten (Heimatsrecht) streitige Fragen des „Civilrechts, z. B. über die eheliche oder uneheliche Geburt, mit einfliessen, „steht die Entscheidung über diese Frage den Gerichten zu.“ Diese Stelle ist insoferne merkwürdig, als das, was sie besagen soll, nicht gesagt ist und das, was sie sagt, nicht gesagt zu werden braucht. Gemeint ist offenbar, dass in Statussachen die gerichtliche Entscheidung abgewartet und als bindend betrachtet werden soll. Gesagt ist aber, dass in „Fragen des Civilrechts“ die Gerichte zu entscheiden haben, was auch schon vorher bekannt war, während gerade das Wichtigste, die bindende Wirkung des Urteils, nicht ausgesprochen ist. Unaufgeklärt lässt das Gesetz überdiess (vgl. Note 10) den Fall der Collusion, Contumaz, des Geständnisses. Wie schon im röm. Recht fehlt dem Urteil im Fall der Erweislichkeit dieser Umstände die Kraft des jus facere inter omnes. Die bindende Wirkung ist im Prinzip anerkannt in der E. d. M. d. I. v. 28. März 1877, Ztschr. f. V., 1877, S. 191. Fall aus der Praxis: Das Gericht erkannte, dass die Bestreitung

Die Gebührenbemessung ist daher beispielsweise nicht von dem gerichtlichen Urteil abhängig, welches die rechtliche Natur des gebührenpflichtigen Aktes in einer bestimmten Weise qualifizirt[87]); Parteien dagegen können Einwendungen gegen die Rechtsgiltigkeit des Aktes u. s. w. nicht mehr geltend machen, wenn selbe mit der gerichtlichen Entscheidung bereits zurückgewiesen wurden.[88]) Dasselbe gilt von der Bemessung der Nachlassgebühren gegenüber den Urteilen oder anderweitigen Feststellungen der Gerichte.[89]) Naheliegend wäre es, eine bindende Wirkung der gerichtlichen Urteile in solchen Fällen anzunemen, wo das Urteil wesentlich durch reine Rechtsdeduktionen und Gesetzesinterpretation bedingt ist. Auf diesem Gebiete wären ja die Richter die Sachverständigen par excellence.

Allein, da man bei Betrachtung eines gerichtlichen Urteils selten mit Sicherheit bestimmen kann, inwieweit dasselbe durch besonders geartete Parteidispositionen, Geständnis, Verzicht u. s. w., beeinflusst wurde, so lässt sich auch in dieser Richtung dem gerichtlichen Urteil nur jene Wirksamkeit einräumen, die es vermöge der rechtlichen und sozialen Stellung der Richter und der zwingenden Kraft ihrer logischen

---

der ehelichen Geburt seitens des Vaters verspätet erfolgt sei. Auf Grund dieses Erkenntnisses wird die Armenversorgung von der Gemeinde, in welcher der nominelle Vater zuständig ist, beansprucht. Nun war der Vater während der kritischen Zeit in Strafhaft, die Zeugung somit unmöglich. Welchen Einfluss hat das gerichtliche Erkenntnis? M. E. keinen; indess lässt sich für die entgegengesetzte Ansicht ebensoviel Plausibles vorbringen, wie für meine.

[87]) Beispiel V. G. H. 457: Das Gebührenbemessungsamt erblickte in dem gebührenpflichtigen Akt einen Kauf, das Gericht einen Glücksvertrag. Aus den Motiven des V. G. H. ist nicht klar zu ersehen, ob derselbe sich durch die gerichtliche Entscheidung für rechtlich gebunden erachtete. Vgl. auch V. G. H. 1116.

[88]) Beispiel V. G. H. 298. Der Aussteller der Urkunde war vom Gerichte trotz seiner Minderjährigkeit gemäss §§. 248 und 866 a. bgl. G. B. für haftbar erklärt worden. Die Gebührenbemessungsbehörde, deren Ansicht der V. G. H. acceptirte, schloss daraus auf res judicata hinsichtlich der Rechtsgiltigkeit des Vertrages. Im conkreten Fall war dieser Schluss allerdings sehr kühn: denn Haftbarkeit für Schaden kann auch durch Abschluss eines ungiltigen Vertrages entstehen. Res judicata hinsichtlich der Vertragsgiltigkeit lag also nicht vor.

[89]) Ausdrücklich ausgesprochen in V. G. H. 131 mit der gewiss richtigen Motivirung, dass die öffentlichen Interessen in dem bezüglichen Verfaren nicht vertreten waren, daher die Verwaltungsbehörde nicht gebunden sein kann. Derselbe Grundsatz in Nr. 14 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H. Vgl. auch V. G. H. 2284. Massgebend ist nach österr. Recht § 46 des Geb. Ges. und § 4 der Min. Vdg. v. 23. März 1852, Nr. 82.

Deduktionen besitzen kann. Der Einfluss des Urteils wird also durch seinen inneren Wert bedingt sein, hat somit seine Wurzeln nicht in Rechtsnormen, sondern in dem Ansehen, das jeder tüchtigen Geistesarbeit gezollt wird.

Geniesst in einem Staate der Richterspruch als solcher besondere Autorität, so kann allerdings diese Autorität so machtvoll wirken, dass die absolute Kraft desselben zu einer Norm des Gewohnheitsrechtes wird. Einen sicheren Beweis, dass ein solches Gewohnheitsrecht in lebendiger Übung ist, bietet der Gebrauch des Scheinprocesses, soweit er nicht in entarteteren Zeiten zur Sanktionirung unerlaubter Geschäfte verwendet wird.[40]) Der Scheinprocess in diesem guten Sinne ist der charakteristische Ausdruck der geistigen Superiorität des Richterstandes und seiner geistigen Arbeit über alle anderen staatlichen Funktionen, um so charakteristischer, als er nicht von aussen recipirt, nicht „eingeführt" werden kann, wie ein Gesetz, sondern aus dem Leben der Gesellschaft heraus sich spontan entwickelt. Wenn daher in einem Staate wie im alten Rom durch Verwendung der schmiegsamen Stipulationsform staatsrechtliche Fragen, wie das Recht zur Abhaltung eines Triumphes oder zur Erlangung der Mauerkrone, oder wenn im heutigen England Fragen, an deren Beantwortung der Witz der Minister und des Parlamentes scheitern, wie jene, ob Eidesverweigerer den Sitz im Parlamente einnemen dürfen u. dgl., durch Verwendung irgend einer verschollenen Parlamentsakte der gerichtlichen Judikatur unterstellt werden, um sie ein für allemal zur Lösung zu bringen, so ist diess, mögen die tieferen Ursachen dieser merkwürdigen Erscheinung wo immer liegen, gewiss ein Beweis dafür, dass das gerichtliche Urteil dann auch der Verwaltung gegenüber gleich einer lex gilt.

Unsere continentalen Gerichte spielen aus sattsam bekannten Gründen eine ganz andere Rolle. Der Einfluss eines gerichtlichen Urteils soll zwar auch hier nicht geleugnet werden — schon deshalb nicht, weil dort, wo die Gerichte auf einer tieferen Stufe stehen, die Organe der Verwaltung wol in der Regel sich auf einer noch tieferen Stufe befinden werden —, allein es lässt sich derzeit für die continentalen Staaten und speziell für Österreich kaum eine allgemeine Rechtsüberzeugung in diesem Punkte nachweisen.

Alles was hier über die Anwendbarkeit der Grundsätze der materiellen Rechtskraft auf die materielle Connexität gesagt wurde, hat

---

[40]) Ihering, Geist des r. R. II, § 46, III, § 58; Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 233 ff.

jedoch nur subsidiäre Geltung. Es kann Specialgesetze geben, welche für bestimmte Fälle andere Dispositionen treffen. Und derlei Specialnormen gibt es in Österreich zu Gunsten des Rechtsweges.

Es ist nämlich ausnamsweise gestattet, gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden den Rechtsweg zu betreten, so dass für die gerichtliche Entscheidung die Feststellungen der ersteren nicht bindend sind.

Die diessfälligen gesetzlichen Vorschriften sind folgende:

1. Art. XV des St. G. G. vom 21. Dez. 1867 (No. 144): „In „allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde nach den bestehenden oder „künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstreitende An„sprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, steht es dem durch „diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachteiligten frei, Ab„hilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege zu suchen."

Eine wirksame „Abhilfe gegen die andere Partei" ist nur möglich, sofern das administrative Erkenntnis für den Richter nicht bindend ist. Das Fehlen der materiellen Rechtskraft ist die selbstverständliche Voraussetzung vorstehender Bestimmung. Daher kommen die Fälle, welche Art. XV al. 1 im Auge hat, hier zur Besprechung.

Es liegt mir nun die Absicht ferne, dasjenige klar legen zu wollen, was mit dieser gesetzlichen Bestimmung gesagt werden wollte. Und zwar schon aus dem Grunde, weil aus der Geschichte derselben zu entnemen ist, dass die Verfasser derselben darüber selbst nicht klar waren. Bekanntlich ging die erwähnte Norm nicht von der Initiative der Regierung aus, sondern es wurde der Entwurf dazu im Schosse des Verfassungsausschusses des österr. Abgeordnetenhauses beschlossen und, mit einem Motivenbericht versehen, dem Plenum des Parlamentes vorgelegt. Dieser Motivenbericht des Verfassungsausschusses lautete folgendermassen:

„Ob eine Angelegenheit mittelst Klage vor den ordentlichen Gerichten anhängig zu machen, oder ob sie vor den Verwaltungsbehörden auszutragen sei, beruht im Grunde auf dem für das constitutionelle Staatsrecht wichtigen Unterschiede zwischen Gesetz und Verordnung.

„Je mehr das verfassungsmässige Gesetzgebungsrecht sich entwickelt und anerkannt wird, desto dringender wird das Bedürfnis, die durch Gesetze festgestellten Privatrechte gegen das Verordnungs- (Verwaltungs-)Recht zu sichern und gegen Ausschreitungen desselben dem Bürger Schutzmittel zu gewähren. Die Gleichstellung des Gesetzes mit der Verordnung und die Forderung: der Verordnung, so wie den Ausführungen derselben durch die Organe der Verwaltung sich unbedingt zu unterwerfen und gegen allfällige Beeinträchtigungen der

Privatrechte nur im Wege der Bitte Abhilfe zu suchen, sind mit dem Rechtsstaate unverträglich. Das Recht des Einzelnen darf dem Verordnungsrechte der Verwaltung nicht unbedingt preisgegeben werden.

„Verfügungen und Entscheidungen der Verwaltungsbehörden können aus zweierlei Gründen angefochten werden; es kann die Legalität und die Zweckmässigkeit und Billigkeit derselben bestritten werden. Handelt es sich um die bestrittene Legalität einer administrativen Entscheidung oder Verfügung, wodurch nach dem Gesetze über einander widerstreitende Privatrechte erkannt wurde: so muss dem Benachteiligten der ordentliche Rechtsweg gegen die andere Partei offen stehen, um auf diesem Wege die nachteiligen Folgen dieser Entscheidung beseitigen oder die Entschädigung erlangen zu können.

„Es können sich aber auch Fälle ergeben, wo eine administrative Entscheidung oder Verfügung das Privatrecht des Einzelnen aus öffentlichen Rücksichten berührt, oder wo die Ausführung einer Verordnung mit dem Willen der Vollzugsgewalt nicht im Einklange steht, oder wo die Ausführung einer Verordnung mit dieser selbst im Widerspruche steht. Darf auch in solchen Fällen die Verwaltungsmassregel selbst kein Gegenstand der gerichtlichen Cognition sein: so muss doch dem Bürger ein Rechtsmittel gewahrt bleiben, wodurch ohne Lähmung der Regierungstätigkeit und ohne Verkümmerung ihrer Autorität der Fall der Beschwerde einer unparteiischen und sachkundigen Prüfung unterzogen wird. „Diesen Schutz gewährt die Institution des Verwaltungsgerichtshofes. Ein besonderes Gesetz hat die Aufgabe, die Competenz dieses Gerichtshofes, dessen Zusammensetzung und das eigentümliche Verfaren vor demselben zu regeln (art. 15)."

„Diese Stelle habe ich, das darf ich versichern, unzäligemale „gelesen und wieder gelesen und gefunden dass auch hier wie im „Art. XV, wir es mit einer Sphinx zu tun haben, dass auch, da die „Lösung gerade so problematisch ist, wie in Ansehung des Art. XV, „und so oft ich die Dinge zu drehen und wenden versuchte, zu einem „bestimmten Resultate zu gelangen, ist mir mit dem besten Willen „nicht gelungen."

Ich erlaubte mir dieses Bekenntnis des hervorragendsten österreichischen Juristen, Unger's, welches derselbe in der Debatte über das Gesetz betreffs Errichtung des österr. V. G. H. abgelegt hat[41]), hier anzuführen, um die oben aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen.

Die Tendenz, welche die legislativen Faktoren bei Schaffung des

---

[41]) Kaserer S. 115.

cit. Art. XV verfolgten, scheint nur nun allerdings aus dem Ausschussberichte mit ziemlicher Deutlichkeit hervorzugehen.

Es ist aber nicht sowol diese Tendenz, als die Discrepanz dieser Tendenz mit dem, was das Gesetz in der Tat zum Ausdruck bringt, welche eine Interpretation des letzteren aus den Motiven unmöglich macht.

Vergleicht man mit Art. XV und dem Ausschussberichte dazu das sächsische Gesetz vom 28. Jan. 1835 und das württembergische Gesetz vom 3. Nov. 1855, so wird man finden, dass sich zwischen diesen drei Gesetzen eine auffallende Ähnlichkeit constatiren lasse.

Es ist bekannt, dass ehedem in den meisten deutschen Staaten die Verwaltungsbehörden auch über zalreiche Privatrechtsverhältnisse Recht zu sprechen hatten, und dass die allgemeine Unzufriedenheit mit dieser sogenannten „Administrativjustiz" schon seit dem zweiten Decennium dieses Jahrhunderts den Ruf nach Abhilfe laut werden liess. Die Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden in derlei Sachen musste bei der damaligen Beschaffenheit dieser Letzteren sehr ungenügend sein; die Idee eigener Verwaltungsgerichte war noch unbekannt und wurde, wo man sie aussprach, als unrealisirbar betrachtet. Nichts war natürlicher, als dass man als einziges Hilfsmittel gegen die Calamitäten der sogenannten „Administrativjustiz" lediglich die Ausdehnung des Rechtsweges auf gewisse Sachen des öffentlichen Rechtes erblickte, die sich zur Erledigung im Wege der Rechtsprechung besonders eigneten. Dieser Tendenz verdanken verschiedene Gesetze aus der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts ihre Entstehung, so die preussischen Gesetze vom 11. Mai 1842 und vom 24. Mai 1861, dann die beiden bereits erwähnten sächsischen und württembergischen Gesetze. Das Eigentümliche dieser letzteren besteht darin, dass sie in dem Gegenüberstehen mehrerer von der Verwaltung unterschiedener Parteien das charakteristische Merkmal der Rechtsprechung und damit der gerichtlichen Competenz zu finden vermeinten. Augenscheinlich ist man bei Fassung des citirten Artikel XV von derselben Tendenz beeinflusst gewesen. Es war diess um so verfehlter als ja zugleich — im nächstfolgenden Absatze desselben Artikels — bereits die Einführung des Verwaltungsgerichtshofes, also der Rechtsprechung über alle Rechtsverletzungen der Verwaltung, erfolgte. Hiedurch schuf man zweierlei Arten von Rechtsprechung in Verwaltungssachen, deren Competenzsphären einander teilweise decken mussten. Denn wie schon oben in § 6 ausgeführt, ist jenes Kriterium des Gegenüberstehens mehrerer Parteien ein ganz vages und die rechtliche Natur einer Sache durchaus nicht beeinflussendes Moment. Es war nur die äusserliche Stellung der Verwaltung in solchen Fällen, welche jenen Irrtum

erzeugte. Allerdings wird hier gewöhnlich das Interesse mindestens einer Partei mit der Richtung des öffentlichen Interesses zusammenfallen; die Behörde kann die öffentlichen Interessen etwas lässiger vertreten, wenn sie eine mit ihren Wünschen übereinstimmende Partei gewissermassen ins Vordertreffen zu schicken und sich so den Schein einer grösseren Unparteilichkeit, als man ihr wol sonst zuzuschreiben pflegt, zu bewahren in der Lage ist.

Von grosser Gedankentiefe zeigt es allerdings nicht, in diesen äusserlichen Momenten das Merkmal der Justiztätigkeit zu finden; allein — vielleicht eben darum — wurde dieser Standpunkt um so allgemeiner acceptirt und in unserem Artikel XV haben wir eine zwar etwas verspätete, darum aber nicht minder misslungene Frucht desselben.

Der Fehlschluss liegt offenbar darin, dass man argumentirte: wo die „Justiz" einschreitet, dort liegen Privatrechtsverhältnisse vor; nun liegt eine Justizsache vor, so oft sich mehrere Parteien gegenüberstehen: folglich haben wir in allen diesen Fällen Privatrechtsverhältnisse und demgemäss die Anwendbarkeit des Rechtsweges; er beruht also ganz und gar auf der Identifizirung der Begriffe „Justiz" und „Rechtsprechung". Hiezu kommt, dass die ältere Theorie grundsätzlich sich nicht ein System von Rechtsverhältnissen, sondern von subjektiven Rechten construirte, dass somit auch nicht jene für diese, sondern diese für jene massgebend waren. War nun das Wesen jener öffentlichen „Rechte", zu deren Schutz eine „Justiz" nicht bestand, in älterer Zeit fragwürdig, weil nicht die Möglichkeit vorhanden war, eine ausserhalb der Verwaltung stehende Instanz die Verletzung derselben constatiren zu lassen, so konnte das Wesen eines subjektiven Rechtes neben den Privatrechten nicht klar zum Bewusstsein kommen. Die Begriffe „Privatrecht" und „subjektives Recht" verschwammen daher in einander.

Nur wenn man sich diese Ansichten ins Gedächtnis ruft, ist Art. XV — wenigstens was seine Tendenz betrifft — erklärlich. Beim Vorliegen einander widerstreitender Parteiansprüche sollte der Rechtsweg, in allen anderen Fällen der Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof statthaben. Wollte man aus dem in al. 1 gebrauchten Worte „Privatrechte" schliessen, dass dabei an Privatrechtsverhältnisse gedacht wurde, so wäre man sehr im Irrtum. Denn aus dem angeführten Ausschussbericht ist zu ersehen, dass auch die Fälle der al. 2 (also der Competenz des Verwaltungsgerichtshofes) damit charakterisirt werden, dass dort durch den Verwaltungsakt „das Privatrecht Einzelner aus öffentlichen Rücksichten berührt" wurde. Die

Ausdrücke „Privatrecht" und (subjektives) „Recht" werden also geradezu promiscue gebraucht und man kommt bei Zuhilfename jener Materialien zu dem Resultat, dass die so vielfach als absichtlich hingestellte Differenz in den Ausdrücken „Privatrecht" in al. 1 und „Recht" in al. 2 einem ganz zufälligen Redaktionsversehen oder vielmehr einer Flüchtigkeit bei Feststellung des Textes ihr Entstehen verdankt. Nicht für Privatrechtsverhältnisse war der Rechtsweg nach Art. XV bestimmt, sondern für alle Fälle rechtsverletzender Entscheidung bei einander widersprechenden Parteiansprüchen.

More patrio hat sich nun die Praxis um die Gesetzesmaterialien nicht viel bekümmert und dadurch unbewusst der gesunden Rechtsentwickelung einen grossen Dienst erwiesen. Denn, welches Chaos entstanden wäre, wenn die Praxis die Tendenz der Verfasser jenes verunglückten Artikels erkannt und ihr entsprechend die Competenzregulirung vorgenommen hätte, das lässt sich kaum ausdenken.

Es ist nun interessant, den Einfluss dieser gesetzlichen Bestimmung auf die Praxis zu verfolgen. Was darüber bekannt wurde, ist zwar spärlich genug, aber sehr bezeichnend. Was zunächst die Spärlichkeit der Anwendung betrifft, über welche noch ganz kürzlich (sehr mit Unrecht) Pann[42]) klagte, so lässt sich dieselbe wol damit erklären, dass der Anwaltstand jene gesetzliche Bestimmung nicht recht zu verwirklichen im Stande war; der Zweifel und Unklarheiten kann man dabei nicht los werden.

Was die Anwendungsfälle selbst betrifft, so kamen vor:

eine Klage gegen die Stadtgemeinde T. „auf Ungiltigerklärung ihrer Polizeiverordnung wegen Erhöhung der Rauchfänge"[43]); eine Klage gegen die Finanzprokuratur nom. des Staates, überreicht von der Stadtgemeinde P., gerichtet auf Ungiltigerklärung aller Verfügungen, mit denen die Staatsverwaltung der Gemeinde P. die Tragung der Kosten der Polizeiverwaltung auferlegt hatte[44]); eine Klage gegen die Anrainer, gerichtet auf Ungiltigerklärung einer im Interesse der Letzteren getroffenen feuerpolizeilichen Massregel[45]); eine Klage gegen einen Forstbesitzer, gerichtet auf Ungiltigerklärung einer von der Verwaltungsbehörde gemäss § 27 Forstgesetz verfügten Expropriation.[46])

---

[42]) Verhandlungen des österreichischen Advokatentages, 1884, S. 14.

[43]) E. d. obst. G. H. v. 28. Febr. 1871 (Z. f. V., 1871, S. 147).

[44]) E. d. obst. G. H. v. 7. Febr. 1871 (Hartmann's Ztschr., 1875, S. 114; auch von Pražak in Samitsch' Ztschr. III, S. 18 mitgeteilt).

[45]) E. d. obst. G. H. v. 28. Febr. 1871 (Z. f. V., 1871, Nr. 37).

[46]) E. d. obst. G. H. v. 30. Nov. 1875 (Samitsch' Ztschr. I, S. 92 und

Freilich wurde in allen diesen Fällen schliesslich die Unzulässigkeit des Rechtsweges ausgesprochen; wollte man jedoch die Absicht des Gesetzgebers als massgebend ansehen, so wären alle diese Entscheidungen verfehlt. Indem hier überall anerkannt wurde, dass der Ausdruck „Privatrechte" nicht gleichbedeutend sei mit (subjektiven) Rechten überhaupt, wurde mindestens strikte an dem Satze festgehalten, dass der Rechtsweg des Art. XV zur Erzielung von Annullirungen administrativer Akte nicht verwendbar sei.

Die Ansichten unserer Schriftsteller über die Tragweite der gedachten Gesetzesstelle gehen weit genug auseinander.

Zunächst riss Samitsch[47]) den Art. XV aus seiner Vergessenheit und suchte zu deduciren, dass der Rechtsweg hier in allen Fällen Platz greife, wo „privatrechtliche Folgen öffentlicher Rechtsverhältnisse" zur Sprache kommen. Diese Ansicht, durch einen Passus des bereits erwähnten Ausschussberichtes hervorgerufen[48]), fand aber nur Widerspruch.[49]) Ähnliche Tendenzen verfolgt König[50]), welcher den Rechtsweg anwendbar findet, wo „Privatrechte" wegen „des ihnen innewohnenden öffentlich-rechtlichen Charakters" der Competenz der Verwaltung in allen drei Instanzen zugewiesen seien. Privatrechte,

---

G. H. 1876, Nr. 62); ein ganz ähnlicher Fall in der E. d. obst. G. H. v. 20. März 1879 (Z. f. V., 1880, S. 3).

[47]) In seiner Zeitschrift I, S. 2 ff., 197 ff.

[48]) „....... so muss der Rechtsweg offen stehen, um auf diesem Wege die nachteiligen Folgen der Entscheidung zu beseitigen oder die Entschädigung erlangen zu können." Es ist schlechterdings unmöglich, diesen Satz zu verstehen.

[49]) Pražak in derselben Ztschr. I, S. 233, III, S. 271; Randa, ebenda I, S. 533; Menger, System I, S. 217 u. 218; Canstein in Grünhut's Ztschr. VI, S. 169; v. Rosas anlässlich des Erkenntnisses des R. G. Nr. 138 in Samitsch' Ztschr. I, S. 405. Samitsch beging schon darin einen Fehler, die Disjunktion, die das Wort „oder" in dem in Note 48 citirten Satz ausdrücken will, zu übersehen, und die Stelle so zu interpretiren, als ob daselbst „und" stünde. — Es bedarf übrigens keiner näheren Begründung, dass der Ausdruck „privatrechtliche Folgen" völlig unklar und zur Bestimmung der Competenzgrenze absolut unbrauchbar ist. Merkwürdigerweise fusst Samitsch, der doch den Ausschussbericht zu Hilfe zieht, gerade auf dem Gegensatze „Privatrechte" in al. 1 und „Rechte" in al. 2, obwol der Bericht diese Worte als gleichbedeutend nimmt. Das Wort „ausserdem" in al. 2 bezieht sich nicht, wie Samitsch meint, auf den Gegensatz von „Privatrechten" in al. 1 und „Rechten" in al. 2, sondern, wie aus dem Bericht klar hervorgeht, auf den Gegensatz: „Zwei sich gegenüberstehende Privatpersonen" einerseits, „der Verletzte und die Verwaltung" andererseits.

[50]) In der Ztschr. f. V., 1884, Nr. 19 ff.

welche zugleich öffentlich-rechtlichen Charakter haben, gibt es aber nicht; es ist diess eine contradictio in adjecto.[51]) Hingegen findet sich bei Pann[52]) die Anschauung, welche dem Ausschussbericht am nächsten kommt, dass nämlich bei jedem Streit zwischen zwei Parteien der Richter über die Auslegung des Gesetzes zu entscheiden haben.

Wie schon bemerkt, halte ich es für unmöglich, den Rechtsweg nach Art. XV überall dort zuzulassen, wo „einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen" vorliegen. Mindestens zwei Dritteile aller Agenden, welche der Verwaltung zugewiesen sind, würden dadurch dem Rechtsweg zugewiesen, ohne dass sich irgendwie erklären liesse, welche innere Bedeutung dieses Gegenüberstehen von Parteiansprüchen besitzen sollte. Tritt ja doch die Beteiligung Dritter oft genug erst in dem Rechtsmittelverfaren hervor, während in anderen Fällen dieser Widerstreit von Ansprüchen der Verwaltung geradezu verborgen bleibt. Hiezu kommt noch die Zweideutigkeit des Ausdrucks „Ansprüche". Jede Partei erhebt Ansprüche gegen die Behörde und Ansprüche wider die Gegenpartei, falls eine solche vorhanden ist. Welcher Art „Ansprüche" sind hier gemeint? Können nicht selbst in Sachen diskretionären Ermessens widerstreitende Parteiansprüche vorliegen?[53]) Sollte auch hier der Rechtsweg möglich sein? Gewiss wird man diese Frage verneinen.

Wir können daher aus den citirten Worten des Art. XV nur soviel schliessen, dass der Rechtsweg nicht zulässig ist, wenn widerstreitende Parteiansprüche nicht vorliegen; das Vorhandensein derselben ist jedoch für die Zulässigkeit des Rechtweges irrelevant.

Auch auf das Wort „Privatpersonen" wurde Gewicht gelegt. Wer sind aber Privatpersonen? Gehören Gemeinden, Staat, Land zu ihnen? Gewiss nicht; dennoch wird man kaum bezweifeln, dass in privatrechtlichen (fiskalischen) Angelegenheiten dieser Corporationen die Verfügungen ihrer Organe im Rechtsweg angefochten werden

---

[51]) Offenbar ist auch dieser Schriftsteller in der Identifizirung der Begriffe „Privatrecht" und subjektives „Recht" befangen. König hat Streitigkeiten wegen Wildschadenersatzes, Streitigkeiten, die aus Einforstungen entstehen, dann gewisse wasser- und bergrechtliche Angelegenheiten im Auge.

[52]) Verhandlungen des österreichischen Advokatentages, 1884, S. 14.

[53]) So will denn Pann (Die Verwaltungsjustiz S. 61) in einem Streite zwischen Nordbahn und Staatsbahn über die Wirkung des Privilegiums der Ersteren den Rechtsweg zulässig erklären; vgl. dagegen V. G. H. 140 und 1919; ferner V. G. H. 46, betreffend die Verleihung von Bergbauberechtigungen; V. G. H. 1655, betreffend eine gewerbliche Betriebsanlage.

können. Nicht auf die Qualität der Person, sondern auf die der Sache kommt es also an.[54])

Die Absichten der Verfasser der mehrfach erwähnten alinea 1 des Art. XV bezwecken eine Hypertrophie des Rechtsweges; sie stellen einen Versuch dar, der nach Sarwey's treffenden Worten[55]) „ein „logischer Fehler und einfach unrealisirbar ist, wenn hiefür die Grund„lagen in der gegebenen Rechtsordnung fehlen".

Diess ist bei uns im vollsten Masse der Fall und darum wurde versucht, die derzeitige Anwendbarkeit der gedachten Bestimmung ganz auszuschliessen, indem man die erforderliche Ergänzung der Rechtsordnung in der Form eines Ausführungsgesetzes zu al. 1 des Art. XV für nötig erachtete.[56])

Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, dass der Praktiker dem Art. XV oft genug ratlos gegenübersteht. Es fehlt beispielsweise eine Bestimmung darüber, ob der Rechtsweg erst nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges betreten werden kann[57]) oder schon früher; ob der Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof den Rechtsweg ausschliesst oder umgekehrt[58]); binnen welcher Frist die Klage überreicht werden kann[59]); wann sie nata ist, daher zu verjähren beginnt;

---

[54]) Dass Unpassende dieses Ausdruckes wurde auch von Pražak a. a. O. und von Heyssler in Grünhut's Ztschr. X, S. 37 hervorgehoben.

[55]) Das öff. Recht S. 110.

[56]) Pražak in Samitsch' Ztschr. I, S. 233 und III, S. 3 ff. (Vgl. dazu Z. f. V., 1876, S. 66; Jäger in derselben Ztschr., 1868, S. 26 ff., dagegen wieder Hye in seiner Samml. I, S. V, Note *, welch letzterer auch die ganz folgerichtige Consequenz zieht, dass auch das Recht zu Beschwerden an den V. G. H. vom Tage der Wirksamkeit des St. G. G. an entstanden sei [a. a. O. S. VI]. Nach dieser Ansicht hätte § 49 des Ges. v. 22. Okt. 1875 mit Zweidrittelmajorität votirt werden müssen. In diesem Sinne spricht sich in der Tat Pražak a. a. O. I, S. 129 aus, indem er einen „unlösbaren Widerspruch zwischen § 49 und Art. XV" constatirt.)

[57]) Dafür König a. a. O. S. 78 und E. d. obst. G. H. v. 4. Juni 1876 (Gl. U. Nr. 6084, Samitsch' Ztschr. I, S. 411); dagegen Menger, Civilprocess S. 217.

[58]) Diese Frage wird jetzt auf Grund des § 3 lit. a des Ges. v. 22. Okt. 1875 bejahend zu beantworten sein. So entschied auch der V. G. H. in der E. v. 22. Juli 1878, abg. bei Peyrer, W. R. S. 665, und die E. d. obst. G. H. v. 30. Novbr. 1875, abg. in Samitsch' Ztschr. I, S. 92. Vgl. auch Pann (Beiträge S. 16), der mit Recht die Ansicht ausspricht, dass al. 1 und 2 einander ausschliessen.

[59]) Peyrer, W. R. S. 607 und 611 nimmt, wie mir scheint, ganz willkürlich, eine Präklusivfrist von 14 Tagen ab intimato an, um praktischen Unzukömmlichkeiten auszuweichen.

ob unter diesem Rechtsweg auch possessorische Rechtsmittel[60]) oder blos das ordentliche Verfaren gemeint seien; ob sich der Rechtsweg blos gegen die Entscheidungen der Staatsbehörden oder auch gegen solche der autonomen Behörden richten kann[61]); ob das Klagspetit direkt auf Ungiltigerklärung der Entscheidung gestellt werden kann, beziehungsweise ob der Richter die Entscheidung expressis verbis annulliren kann[62]) oder ob die Gesetzwidrigkeit der Entscheidung blos den Entscheidungsgrund für das gerichtliche Urteil abgeben darf[63]); ob die Entscheidung der Verwaltungsbehörden in solchen Fällen überhaupt noch als technische Entscheidung betrachtet werden kann (also materielle Rechtskraft besitzt) oder ob dieselbe nur mehr einen polizeilichen „Sühnversuch" darstellt, während die „definitive" Entscheidung dem Richter vorbehalten bleibe[64]); ob unter den „nachteiligen Folgen" am Ende auch die privatrechtlichen Präjudizialpunkte gemeint seien, welche von der Verwaltungsbehörde incidenter erledigt werden, so dass der Rechtsweg nur die „nachteiligen Folgen" dieser Incidenzentscheidung zu beseitigen hätte[65]); ob durch die Möglichkeit der Betretung

---

[60]) Dagegen Menger a. a. O. S. 218, Note 7; Randa in Samitsch' Ztschr. I, S. 533; Peyrer, W. R. S. 665.

[61]) Diesen Zweifel macht der gesetzliche Terminus „Verwaltungsbehörde" rege; denn darunter werden gewöhnlich (in der Sprache der Praxis wenigstens) nur staatliche Behörden verstanden. Indess hätte diese Beschränkung wenig Sinn.

[62]) Für diese Ansicht liesse sich der Ausschussbericht anführen, denn es heisst dort: „Darf auch in solchen Fällen (jenen der al. 2) die Ver-„waltungsmassregel selbst kein Gegenstand der gerichtlichen Cognition sein" etc. Hieraus müsste man arg. a contrario schliessen, dass in den Fällen der al. 1 eine solche Cognition zulässig sei. Dagegen lässt sich freilich wieder anführen, dass der Bericht erklärt, in den Fällen der al. 1 sei der Rechtsweg nötig, um die nachteiligen Folgen der Entscheidung zu beseitigen oder die Entschädigung zu erlangen.

[63]) So Samitsch in seiner Ztschr. I, S. 7 und Pražak daselbst III, S. 3 ff.; Peyrer W. R. S. 607.

[64]) Diess behauptet Menger a. a. O. S. 217. Daraus folgt für Menger die Zulässigkeit des Rechtsweges gegen die Entscheidung der ersten Instanz. Vgl. Canstein in Grünhut's Ztschr. VI, S. 169. Randa, Beiträge z. öst. W. R., 1878, S. 51, Note 1. Ähnlich auch König a. a. O. Dagegen richtig: V. G. H. 1052.

[65]) So Kiessling, Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof S. 56 und in Hartmann's Ztschr. II, S. 237. Dieser Schriftsteller meint: Wenn zwei Grundbesitzer sich geeinigt hätten, dass einer von ihnen einen zwischen ihren Grundstücken durchgehenden Gemeindeweg allein herzustellen habe, und die Administrativbehörde unter Nichtbeachtung dieses Vertrages Beide zu den Kosten heranzöge, so könne der Verletzte diese Verfügung

des Rechtsweges die Vollstreckbarkeit der Entscheidung verhindert werde[66]), ob also der Rechtsweg betreten werden muss, um gegen den Verpflichteten einen Exekutionstitel zu erhalten, oder ob dieser den Rechtsweg zu betreten habe, um die Vollstreckung (— falls sie überhaupt für zulässig erachtet wird —) zu verhindern oder wieder aufzuheben u. s. w.

Allein mögen auch diese Lücken in der Praxis Verlegenheiten bereiten und beweisen, dass Art. XV alles Andere, als eine „geradezu meisterhafte Lösung der Competenzfrage" darstellte, wie schon behauptet wurde[67]), so folgt daraus doch nicht die Unanwendbarkeit der al. 1 des gedachten Artikels. Diese Folge wäre nur an eine solche Interpretation zu knüpfen, welche die Intentionen der legislativen Faktoren zu verwirklichen versuchte.

Man muss sich daher — eigentümlich genug — auf die Buchstabeninterpretation verlegen, und gegen den „Geist" des Gesetzes dasselbe so interpretiren, dass es in den Rahmen der ganzen Rechtsordnung hineinpasst. Und diess gelingt ohne Weiteres, wenn man unter dem Ausdruck „Privatrechte" in al. 1 „subjektive Rechte aus Privatrechtsverhältnissen" versteht, was ja eigentlich ohnedem dem heute herrschenden Sprachgebrauche entspricht. Es gibt eben sehr zalreiche Rechtsverhältnisse, bei denen zwar „einander widerstreitende Ansprüche

---

anfechten, das heisst (?) gegen den Anderen den Rechtsweg betreten. Letzteres gewiss; aber nicht auf Grund des Art. XV. Denn die Entscheidung über den privatrechtlichen Präjudizialpunkt macht nicht res judicata; eine „Anfechtung der Verfügung" ist daher ebenso unzulässig als überflüssig. Klagegrund ist dann der Vertrag oder der durch die Weigerung zugefügte Schaden, nicht die Gesetzwidrigkeit der Entscheidung. Diese letztere hat ja eben das Privatrechtsverhältnis merital nicht entschieden. Vgl. Pražak, Enteignung S. 101; V. G. H. 1052; E. d. Ackb. M. v. 20. Juli 1876; Peyrer a. a. O. S. 650. Auch Ulbrich, St. R. S. 447 hält hier den Fall des Art. XV mit Unrecht gegeben; nicht minder Pann (Verw. Just. S. 8). Die Entscheidung der Verwaltungsbehörden über privatrechtliche Präjudizialpunkte verletzt kein subjektives Privatrecht, wie Pann annimmt, sonst würde consequent die Incidententscheidung auch materielle Rechtskraft besitzen müssen.

[66]) Für die sofortige Vollstreckbarkeit V. G. H. 536 u. E. d. Ackb. M. v. 10. Okt. 1878 (Peyrer, W. R. S. 611) unter analoger Anwendung des §. 17 des Ges. v. 22. Oct. 1875. Vgl. Leuthold Sächs. V. R. S. 182. Siehe auch Peyrer a. a. O. S. 368 und 605, wo Näheres über die verschiedenen sich hieraus ergebenden unerquicklichen Zweifel angegeben ist. Ulbrich, Über öffentliche Rechte u. s. w. S. 50, hält hier einen Aufforderungsprocess für zulässig, verkennt aber damit wol den öffentlich-rechtlichen Charakter des Verwaltungsaktes.

[67]) Pann Beiträge. S. 16.

von Privatpersonen" (richtiger Parteiansprüche) vorkommen, die aber gleichwol öffentliche Rechtsverhältnisse sind. Wo solche vorliegen, ist der Rechtsweg nach Art. XV. al. 1. meines Erachtens stets ausgeschlossen. Art. XV schafft keine Privatrechtsverhältnisse, sondern umgekehrt, ein Privatrechtstitel muss vorliegen, damit der Rechtsweg nach Art. XV gegeben sei.[68]) Dieser Artikel findet also nur in jenen wenigen Fällen Anwendung, in denen ein Privatrechtsverhältnis vorliegt, über welches ausnamsweise den Verwaltungsbehörden die vorläufige Entscheidung zugewiesen ist. Es sind diess folgende Fälle:

a) Privatrechtsverhältnisse, welche aus dem Dienstboten-, dem Arbeiter- oder Lehrlingsvertrage entstehen;

b) Privatrechtsverhältnisse, welche im Verwaltungstrafverfaren mit erledigt werden (Adhäsionsverfaren). Dahin gehören vor Allem Entschädigungsansprüche, die durch ein Delikt entstanden.[69])

c) Privatrechtsverhältnisse, welche durch die im öffentlichen Interesse erfolgenden Eingriffe der Verwaltung in wirtschaftliche Güter in Absicht auf die Entschädigungspflicht entstehen.[70])

Indess ist auch hier der praktische Wert des Art. XV ein minimaler, weil in derlei Fällen der Rechtsweg gewöhnlich durch spezielle gesetzliche Norm ohnediess gegeben[71]), in einigen Fällen

---

[68]) Rösler in Grünhut's Ztschr. IV, S. 257, 288; Pražak in Samitsch' Ztschr. III, S. 27; Ulbrich, St. R. S. 449.

[69]) Eine ausführliche Casuistik dieser Fälle gibt König a. a. O. S. 81 ff.

[70]) Der Ausdruck „Privatpersonen" in al. 1 des Art. XV wird hier nicht irreführen; der Staat als Privatrechtssubjekt ist eben eine „Privatperson". Wir müssen wenigstens jenes Wort so interpretiren, damit es einen vernünftigen Sinn gebe.

Der Rechtsweg nach Art. XV ist nicht zulässig hinsichtlich der Frage, ob eine Expropriation oder die Anwendung des Staatsnotrechtes zulässig und gerechtfertigt war. Häufig wird zwar das Gegenteil angenommen, aber nur auf Grund der ganz und gar verfehlten Anname, dass in jedem solchen Eingriff eine Rechtswidrigkeit liege. So construirte man sich diesen Eingriff als Delikt und baute darauf die Entschädigungspflicht nach Art des civilen Schadenersatzes. So Samitsch a. a. O.; Pražak a. a. O. S. 197 und in Samitsch' Ztschr. I, S. 214; Koller, „Bedenken" etc., 1874, S. 10; Anonymus in den Jur. Bl., 1873, S. 90; Gerber, St. R. S. 212. Diese Ansicht beruht auf einer Verwechselung der Begriffe „Gut" und „Recht". Nur die gesetzwidrigerweise erfolgte Expropriation ist eine Rechtsverletzung. Rösler. Soziales V. R. I, S. 78.

[71]) Siehe z. B. § 24 Forstgesetz, § 103 Berggesetz, ferner zalreiche Landeswassergesetze (Peyrer § 21, § 37 [§ 17 R. W. G.], § 39 [§ 19 R. W. G.], § 87). Eisenbahn-Expropr.-Ges. § 42; Phylloxera-Gesetz v.

aber wieder ausdrücklich ausgeschlossen ist [72]), während in manchen Fällen die spezielle gesetzliche Bestimmung fehlt, auf Grund welcher der Rechtsweg mit Erfolg zu betreten wäre. [73])

Damit sind die Fälle, in denen der Rechtsweg nach Art. XV zulässig ist, erschöpft.

Überall, wo ein öffentliches Rechtsverhältnis vorliegt, halte ich ihn für ausgeschlossen, wenngleich widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen vorliegen mögen; so gegenüber der Entscheidung über den Wasserüberschuss [74]), über die Pflicht zum Ersatz des Wildschadens [75]), über die Verteilung des Reinertrages einer Jagd [76]), über (nicht strafbare) Eingriffe in Gewerbsrechte [77]), über die Höhe von Armenverpflegskosten und die Pflicht zum Rückersatz an die Gemeinde [78]),

---

3. April 1875, No. 61, § 9; Böhm. Bauordnung § 9; Mähr. B. O. § 67; Schles. B. O. § 68.

[72]) So bei Keulung seuchenverdächtiger Thiere (§ 37 ff. des Ges. v. 29. Februar 1880, No. 35 und § 35 des Ges. v. 29. Februar 1883, No. 37); bei Kriegsschäden (Ah. E. v. 5. April 1816 und vom 2. April 1821); bei Feldbeschädigungen anlässlich der Waffenübungen (Pražak, Enteignung S. 37); Militärremonten-Transporten (daselbst S. 38); Pferdeassentirungen im Kriegsfall (§ 9 des Ges. v. 16. April 1873, No. 77). Eine eigentümliche Stellung hat die Fixirung der Entschädigung im Eisenbahn-Expropriationsverfaren (§ 22 ff. des Ges. v. 18. Febr. 1878, No. 30); dieselbe erfolgt nicht im Rechtswege (§ 30 letzter Satz), aber durch den Richter, wie diess schon nach § 12 des Wasserbau-Normales vom 30. Oktober 1830 der Fall war. Fälle dieser Art im heutigen Wasserrecht s. Peyrer, W. R. S. 597 ff.

Es scheint mir nicht zweifelhaft zu sein, dass hier überall lex specialis derogat legi generali.

[73]) Denn, wie schon bemerkt, gibt Art. XV nur eine formelle Norm, nie materielles Recht. Die Entschädigungspflicht muss also immer aus irgend einem speziellen Gesetz abzuleiten sein.

[74]) E. d. Ackb. M. vom 18. Jänner 1877 erklärt mit Recht, hierin ein öffentl. Rechtsverhältniss zu erblicken.

[75]) In Österreich wenigstens lässt sich hier die öffentlich-rechtliche Natur dieser Rechtsverhältnisse aus historischen Gründen erklären. König will auch da den Rechtsweg nach Art. XV eintreten lassen; ich glaube kaum, dass die Praxis diese Ansicht acceptiren würde. Ein diessbezüglicher Rechtsfall ist mir nicht bekannt. Auch Ulbrich a. a. O. S. 450 erblickt hierin ein Privatrechtsverhältnis.

[76]) Über die publizistische Natur dieses Verhältnisses E. d. Ackb. M. v. 22. März 1873, Z. f. V., 1873, S. 54.

[77]) § 46 Gew. Odg. Die Entschädigungsansprüche (und nur diese) sind privatrechtlicher Natur (§ 47, al. 3, Gew. Odg.).

[78]) Es sind die Fälle der §§ 38 und 39 Heim. Ges. gemeint. Ulbrich nimmt sogar auch hier Privatrechtsverhältnisse an.

über die Rechte aus Industrieprivilegien[79]), industriellen Mustern[80]), Marken[81])[82]), über die Verteilung von Gemeindegutsnutzungen[83]), über Ersatzansprüche des Staates gegen seine Beamten oder Einzelner gegen Beamte wegen pflichtwidriger Amtsgebahrung[84]), u. s. w. Nicht hieher gehört der Rechtsweg nach vorangegangenem polizeilichen Provisorium, denn die Provisorialentscheidung und das gerichtliche Urteil haben verschiedene Rechtsverhältnisse zum Gegenstand[85]); ferner die Anfechtung von administrativen Akten, welche von der Behörde nicht als Obrigkeit, sondern in Handhabung privatrechtlicher Interessen verfügt werden[86]), weil hier keine Entscheidungen, sondern nur Rechtsgeschäfte vorliegen[87]); oder von solchen Akten, bei denen die behördliche Ingerenz wirklich nur einen Vergleichsversuch, aber keine Entscheidung involvirt[88]); endlich die Zulässigkeit gerichtlicher

---

[79]) Die Rechte, welche aus den Industrieprivilegien entstehen, sind in dieser Beziehung den Gewerbsrechten gleich zu stellen. Ein wichtiger Unterschied zwischen beiden liegt jedoch darin, dass (insoferne es sich nicht um ein Straferkenntnis handelt) Eingriffe in Patentrechte singulär dem Civilrichter zur Judikatur zugewiesen sind (§ 46 Priv. Ges.), wobei allerdings der Civilrichter ausnamsweise bezüglich solcher Präjudizialfragen, die zur politischen Competenz gehören, also vor Allem hinsichtlich der Neuheit der Erfindung, an die Entscheidung des Handelsministeriums gebunden ist (§ 48 das.).

[80]) Schadenersatzansprüche sind auch hier dem Civilrichter zugewiesen. Vgl. § 12 Ges. v. 7. Dezember 1858, No. 237.

[81]) § 23 des Ges. v. 7. Dezember 1858, No. 230. Bezüglich der Entschädigungsansprüche gilt das unter Note 80 Gesagte.

[82]) In solchen Fällen will Pann'. Beiträge S. 16 ff., und König a. a. O. S. 89 ff. den Rechtsweg nach Art. XV in subsidio zulassen.

[83]) Auffälligerweise zält König gerade diese Rechtsverhältnisse nicht auf, obwol auf dieselben die von ihm angegebenen Kriterien passen würden.

[84]) Nach zalreichen Spezialnormen ist hier der Rechtsweg von jeher ausgeschlossen gewesen.

[85]) Vgl. oben S. 147.

[86]) Es ist daher meines Erachtens unrichtig, wenn Ulbrich, St. R., S. 447 u. 448, diese und die in der vorigen Note erwähnten Fälle als Beispiele anführt, in welchen der Rechtsweg nach Art. XV zur Geltung komme. Dass der dritte Fall, den Ulbrich anführt (die Entscheidung über privatrechtl. Präjudizialpunkte) nicht hieher gehöre, ist bereits oben Note 65 erwähnt. Dagegen spricht Ulbrich gerade dort nicht von der Anwendbarkeit des Art. XV, wo selbe unzweifelhaft Statt hat, wie in Dienstbotenstreitigkeiten.

[87]) Z. B. die Zurückweisung des Ersatzanspruches für in Verlust gegangene Postsendungen (§ 46 Fahrpostordnung v. 12. Juni 1838, No. 280 und § 27 Abs. 2 Postgesetz v. 5. Novbr. 1837) oder (nicht gerichtliche) Depositen (R. G. 138); Besitzergreifung von Inseln für den Staat nach dem Hofkzld. v. 19. April 1842.

[88]) Fall dieser Art in § 21 Wass. Ges. (P.) hinsichtlich der Entschädigungspflicht, und in § 42 Forstgesetz bei Ansprüchen aus Triftschäden.

Entscheidung über Fragen, welche als privatrechtliche Incidenzpunkte oder sachlich unzuständigerweise als Meritalpunkte[89]) von einer Verwaltungsbehörde festgestellt wurden.

2) Abgesehen von der allgemeinen Norm des Art. XV ist in einigen speziellen Fällen der Rechtsweg gegenüber administrativen Entscheidungen zugelassen. So gegen Entscheidungen der Militärbehörden, durch welche Militärpersonen zu Schadenersätzen verhalten werden (Notionirungen);[90]) gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über die Aufteilung gewisser Gemeindegründe in Dalmatien[91]) in Wasserrechtssachen, über die Höhe des Entschädigungsanspruches[92]), bei der Expropriation singulär über die Frage, ob die Entschädigung zu leisten ist, bezw. ob die Expropriation zulässig war[93]), sowie darüber, ob ein Wasserbau Anrainern „in erheblichem Grade zum Nutzen gereiche oder erheblichen Nachteil abwende".[94])

Wo nun der Rechtsweg gegen verwaltungsbehördliche Entscheidungen, sei es nach al. 1 des Art. XV oder nach den oben erwähnten Spezialnormen zugelassen ist, entbehrt die Entscheidung der Verwaltungsbehörden dem Gerichte gegenüber der materiellen Rechtskraft. Das Gericht hat in solchen Fällen nicht über die Vorfrage schlüssig zu werden, ob die verwaltungsbehördliche Entscheidung gesetzmässig war oder nicht, sondern es hat so zu entscheiden, als ob ein Verfaren vor den Verwaltungsbehörden überhaupt nicht stattgefunden hätte, wenngleich dasselbe eine formelle Bedingung

---

Diese sind durch Sachverständige zu erheben, und sind die Beteiligten mit dem Ausspruche der Sachverständigen nicht einverstanden, und kann eine Vermittlung nicht erzielt werden, so sind die Parteien auf den Rechtsweg zu weisen.

Ganz das Gleiche im Falle der §§ 23, 24, 49 Forstg. und hinsichtlich der Höhe des Schadenersatzes nach § 37 böhm. u. § 34 gal. G. O. (Vgl. auch Ges. betreffend die Steuerfreiheit der Bewohner des Ascher Gebietes vom 12. Oktober 1865, No. 111.)

[89]) Dass hier der Rechtsweg zulässig ist, beruht nicht wie Pražak a. a. O. III, S. 27, meint, auf Art. XV, sondern auf den allgemeinen Grundsätzen von der absoluten Nichtigkeit der Entscheidung.

[90]) Hfkzl. Dkr. vom 28. März 1804, vom 22. Juni 1836, No. 15180; Hfkz. Ordng. vom 31. Dezember 1835, E. 4531. (Füger-Wessely, Hdbch. I, S. 164 u. ff.). Dasselbe gilt von den Ersatzerkenntnissen der Monturscommissionen und der Militärcommanden gegen Gemeinden wegen Verlustes der ihnen übergebenen Militärvorräte.

[91]) Gesetz vom 27. Mai 1876, No. 115, § 3.

[92]) §§ 37 u. 87 Wass. Ges. (P.).

[93]) §§ 39 u. 51 daselbst.

[94]) § 51, al. 2, daselbst.

des Rechtsweges ist.[95]) Klagsbitte und Urteilsnorm gehen nicht auf Vernichtigung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung, sondern auf Erkenntnis über den meritalen Anspruch[96]), das Urteil kann jene nicht cassiren, sondern es hat dieselben nur zu ignoriren.[97])

Solange aber nicht das rechtskräftige gerichtliche Urteil vorliegt, behält die verwaltungsbehördliche Entscheidung ihre materielle Rechtskraft.[98])

Das gemeinsame charakteristische Merkmal aller dieser Fälle besteht also darin, dass Verwaltungsbehörde und Gericht über ein und dasselbe Rechtsverhältnis merital entscheiden, und dass das gerichtliche Urteil ipso jure an Stelle der verwaltungsbehördlichen Entscheidung tritt.[99])

---

[95]) Es kann also nicht mit Übergehung der Verwaltungsbehörden sofort der Richter angerufen werden. E. d. Obst. Ger. H. v. 4. April 1876 (Samitsch' Ztschr. I, S. 411).

[96]) Die Klage ist hier nicht, wie Peyrer a. a. O. S. 606 sagt, ein Rechtsmittel.

[97]) Al. 1 des Art. XV verheisst daher nur Abhilfe gegen die andere Partei, nicht gegen die Entscheidung selbst. Im Gegensatz dazu gewährt al. 2 des Art. XV ein Rechtsmittel direkt gegen die Entscheidung.

[98]) Wäre dieselbe nur ein Sühneversuch, wie Menger a. a. O. annimmt, so müsste ihr materielle Rechtskraft abgesprochen werden, oder vielmehr es würde die Verwaltung, falls die Parteien sich nicht einigen, überhaupt nicht entscheiden können. Der Wortlaut des Art. XV zwingt aber zu dieser Anname wol nicht. Folgerichtig könnte in solchem Fall von einer Vollstreckbarkeit keine Rede sein. Vgl. dagegen V. G. H. 536. Vgl. übrigens König a. a. O. S. 86; Ulbrich St. R. S. 449. Eine Frist zur Einbringung der Klage, welche Peyrer a. a. O. S. 607 ganz willkürlich mit 14 Tagen fixirt, existirt nicht; dieselbe kann daher innerhalb der ganzen Verjährungszeit angebracht werden. Die Verjährung beginnt, sowie die Klage erhoben werden konnte, also mit der Intimation der Entscheidung erster Instanz. Doch dürfte, falls Rechtsmittel in termino eingebracht wurden, eine Unterbrechung der Verjährung von da an bis zur Intimation der Entscheidung letzter Instanz anzunemen sein.

[99]) Der Wert dieser ganzen Institution ist wol ein sehr prekärer. Wenn sich in gewissen Angelegenheiten das Bedürfnis zeigt, den Richter entscheiden zu lassen, so wäre diesem Bedürfniss gewiss genügt, wenn man die Ingerenz der Verwaltungsbehörden auf einen Sühnversuch beschränkt hätte. Ein zweimaliges Verfaren und eine doppelte Entscheidung in derselben Sache hat aber weder einen praktischen Wert noch ist dasselbe darnach angetan, das Ansehen der Verwaltungsbehörden zu fördern. Sieht man von den sub 2) erwähnten Spezialnormen ab, so zeigt sich, dass die Bestimmung der al. 1 des Art. XV in der Praxis höchst selten Anwendung finden kann, der beste Beweis für ihre Überflüssigkeit. Darin, nicht aber in der Unkenntnis des Publikums über die Tragweite dieser Norm, wie Pann

Hiemit ist die Untersuchung jener Fragen, welche durch den Einfluss der Connexität auf die materielle Rechtskraft entstehen können, abgeschlossen.

Wir wollen nunmehr noch einige Spezialfälle der hier entwickelten Grundsätze ins Auge fassen — nicht so sehr um des juristischen als des politischen Interesses willen, welches sich an dieselben knüpft. Wir meinen die Judikatur in Walangelegenheiten, ein Gebiet, welches umsomehr der fachlich-juristischen Behandlung bedarf, als es ja bekannt ist, dass nirgends so wie hier der Parteien Hass und Gunst ihre Orgien feiern.

Das Walgeschäft teilt sich in zwei Abschnitte: Feststellung des Wälerkreises und Prüfung des Walaktes. Wie in allen Verwaltungssachen wird auch hier durch einfache Verfügung abgetan, was der Enscheidung nicht bedarf. Die Eintragung in die Liste und die Genehmigung der (unbestrittenen) Wal sind Verfügungen dieser Art. Zur technischen Entscheidung kommt es, wenn in termino Einwendungen der dazu aktiv-legitimirten Personen gegen die Liste oder die Wal erhoben werden. Über die materielle Rechtskraft dieser Entscheidungen wurde bereits oben S. 167 gesprochen. Hier wollen wir nunmehr ins Auge fassen, welche Wirkung die Entscheidung präjudizieller Vorfragen durch die Walbehörde und auf dieselbe besitzt.

Im ersteren Falle ist zu fragen, ob die Walbehörde zur meritalen Entscheidung der Präjudizialfrage sachlich competent wäre. Hienach beurteilt es sich, ob die Entscheidung materielle Rechtskraft besitzt oder nicht.

Im zweiten Falle dagegen, in dem bereits die Entscheidung der sachlich zuständigen Behörde vorliegt, ist es eine Consequenz des Prinzips der materiellen Rechtskraft, dass auch die Walbehörden an die vorhergegangene Entscheidung der competenten Behörde über den Präjudizialpunkt gebunden sind.

Die Entscheidungen der Reklamationscommission und aller anderen nur zum Behufe eines speziellen Walaktes zusammentretenden, nicht stetig fungirenden Walbehörden sind daher für spätere Fälle nicht bindend, wol aber die Entscheidungen der als Rechtsmittelinstanzen fungirenden Staatsbehörden, der Bezirkshauptmannschaften, Landesstellen, des Verwaltungsgerichtshofes und des Reichsgerichts. Diess gilt nicht nur von der Feststellung des aktiven und passiven Walrechtes als unmittelbarem Gegenstand der Entscheidung, sondern auch von Prä-

---

(Verhdlgn. des öster. Advokatentages, Wien 1884, S. 14) meint, liegt der Grund, dass in der Praxis davon so wenig Gebrauch gemacht worden ist.

judizialfragen, wofern dieselben zur sachlichen Competenz der politischen Behörden ressortiren. Über Heimatsrecht und Staatsbürgerschaft wird daher beispielsweise die anlässlich einer Wal gefällte Incidententscheidung der politischen Behörden und des Verwaltungsgerichtshofes res judicata schaffen, nicht aber über privatrechtliche Vorfragen, Verwandtschaftsverhältnisse, Giltigkeit von Vollmachten, „Besitz" von Realitäten u. s. w. Die von der sachlich zuständigen Behörde erfolgte meritale Entscheidung wird umgekehrt die Walbehörden binden, sei es, dass der Gegenstand der Entscheidung als Merital- oder als Präjudizialpunkt der Verfügungs- oder Entscheidungsgewalt der Walbehörde unterstellt wurde. Nicht nur die von der zuständigen Behörde erfolgte Feststellung des Heimatsrechtes, der Beamtenschaft u. s. w., sondern auch die Feststellung des Walrechtes oder der Wälbarkeit macht für die Walbehörden res judicata sowol bei Zusammenstellung der Listen als auch bei der Entscheidung über Reklamationen. Hiebei ist jedoch, wie neuerlich hervorzuheben ist, nie die Entscheidung von Rechtsfragen (Auslegung des Gesetzes)[100]) Gegenstand der materiellen Rechtskraft, sondern stets ein konkretes Rechtsverhältnis, also z. B. die Frage, ob A in der Classe der Grossgrundbesitzer, ob B zum Landtage vermöge dieser oder jener Eigenschaft walberechtigt sei u. s. w.[101])

Dieselben Grundsätze sind anzuwenden, wenn analoge Fragen durch die parlamentarischen Vertretungskörper zu entscheiden sind.

---

[100]) Materielle Rechtskraft kann also nie hinsichtlich der Frage erzielt werden, ob geistlichen Nutzniessern das Walrecht zustehe, ob Besitzer von in der Landtafel eingetragenen Häusern oder physische (nicht-bücherliche) Besitzer von Gütern im Grossgrundbesitze walberechtigt seien, ob der Besitz einer Parzelle, die einen Bestandteil eines ausgeschiedenen Gutsgebietes bildet, aber in einer Catastralgemeinde gelegen ist, zur Virilstimme in letzterer berechtigt u. s. w. Denn sind derlei Fragen bei A, B, C . . . . entschieden worden, so liegt bei A, B, C, . . . . nur die gleiche rechtliche Prämisse, nicht das gleiche Rechtsverhältnis vor. Wollte man hier res judicata annehmen, so würde die entscheidende Behörde das Gesetz authentisch interpretiren, somit selbst Gesetzgeberin werden.

Mit der Erkenntnis, dass diess nicht angehe, ist aber freilich nicht den Inconvenienzen begegnet, die aus der differirenden Interpretation derselben Rechtsregel bei verschiedenen Rechtsverhältnissen entstehen. Auf welche Weise dieselben zu paralysiren wären, kann hier nicht besprochen werden. Unsere Zeit scheint zu speziellen legislativen Massregeln auf diesem Gebiete noch nicht reif zu sein.

[101]) Selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, dass der relevante Tatbestand identisch ist, dass also die Steuerleistung, der physische Besitz u. s. w. sich gleich blieb.

Diess ist der Fall, wenn der Landtag oder das Abgeordnetenhaus die Giltigkeit einer bestrittenen Wal prüfen oder bei verweigertem Walcertifikat das Vorhandensein eines Ausschliessungsgrundes oder das Gegenteil hievon constatiren. Die Entscheidung hierüber ist zweifellos ein Akt der Rechtsprechung.[102]) Sachlich zuständig sind die Vertretungskörper ausschliesslich zur Feststellung des Rechtsverhältnisses, welches durch den Walakt entstand, dessen Subjekt also der Gewälte ist. Auf diese Feststellung beschränkt sich daher auch die res judicata. Präjudizielle Vorfragen, wie das aktive Walrecht einzelner Wäler und die hiefür wieder präjudiziellen Vorfragen privat- straf- oder verwaltungsrechtlicher Natur hat zwar der Vertretungskörper nach seinem eigenen Befinden zu untersuchen und darüber incidenter zu entscheiden. Die darüber (meist in den Motiven des von der Majorität acceptirten Ausschussberichtes) niedergelegten Ansichten sind jedoch für Niemand bindend. Die Freiheit der parlamentarischen Judikatur über die Incidenzpunkte leidet nur dann eine Ausname, wenn die letzteren schon früher durch rechtskräftige Entscheidung der sachlich zuständigen Behörde festgestellt worden wären.[103]) In diesem Fall sind auch die

[102]) Es zeigt sich diess prägnant darin, dass die Gesetzgebungen der verschiedenen Staaten die Verifikation bestrittener Walen bald den Parlamenten bald Gerichtshöfen übertragen. Der üblichen Verwechselung zwischen „Justiz“ und „Rechtsprechung“ folgend finden denn auch die wenigen Schriftsteller, die über die Sache nachgedacht haben, darin einen „Richterspruch“. Mohl in der Tübinger Ztschr., 1874, S. 528 ff.; Laband a. a. O. I, S. 553; neuestens Jellinek, Ein Verfassungsgerichtshof.

Während des Druckes kommt mir die Schrift: Die Walprüfung in den modernen Staaten, Wien 1885 von Jacques in die Hände. In derselben wird die hier vertretene Ansicht in gründlichster Weise durchgeführt. Die Mitteilungen Jacques' über die Gesetzgebungen der verschiedenen europäischen Staaten sind höchst interessant und lesenswert, insbesondere die Daten über Frankreich S. 17, wo unter Anderem einer Rede Clémenceau's gedacht wird, der in geistreicher Weise in der französischen Kammer 1879 den entgegengesetzten Standpunkt vertrat.

Wie schade, dass Abgeordneter Dr. Jacques seine Stimme nicht zu der Zeit erhoben hat, als die deutsch-liberale Partei in Österreich noch nicht in der unangenehmen Lage war, sich vergewaltigen lassen zu müssen!

[103]) Es gibt freilich keinen Organismus zur zwangsweisen Sanirung eines in diesem Punkte allenfalls begangenen Unrechts. Allein diess hindert den Bestand der im Texte behaupteten Rechtsnorm ebensowenig, als dieser Mangel beispielsweise den Charakter jener Rechtsnormen tangirt, welche den Souverän binden. Das Staatsoberhaupt ist verpflichtet, Gesetze über gewisse Materien nicht ohne Mitwirkung des Parlamentes zu erlassen, das Parlament zu gewissen Zeiten einzuberufen, den vom Staatsgerichtshof verurteilten Minister nicht zu begnadigen u. s. w. Die Erfüllung dieser Rechtsnormen bedarf eines besonderen Zwangsorganismus nicht; der Zwang ist überflüssig, weil

Vertretungskörper an die materielle Rechtskraft der bezüglichen Entscheidungen rechtlich gebunden.[104])

---

die Befolgung derselben durch anderweitige staatliche Einrichtungen gesichert ist, soweit überhaupt eine Sicherung der Erfüllung möglich ist. Trotz des Zwangsorganismus der Gerichte bleiben ja auch zalreiche Normen des Privatrechts unerfüllt, ohne dass dadurch ihr Charakter beeinflusst würde. Es ist nur ein relative Sicherheit der Erfüllung begriffliches Kriterium der Rechtsnorm, nicht der äussere Zwangsmechanismus.

Derselbe Gedankengang ist für die Existenz der im Text aufgestellten Rechtsnorm massgebend. Vgl. Jellinek a. a. O. S. 4.

[104]) Bekanntlich sind alle diese Fragen in Österreich akut geworden, als das R. G. anlässlich der Beschwerden gegen die Reichsratswalen aus dem oberösterreichischen Grossgrundbesitze im Jahre 1880 entschieden hatte, dass eine so grosse Zal von Wälern gesetzwidrigerweise zugelassen worden sei, dass bei Zugrundelegung der gesetzmässigen Liste die Candidaten der Gegenpartei gewält gewesen wären. Wie immer man nun über die Kunststücke denken mag, die damals mit den Listen vorgenommen wurden, so ist doch das eine sicher, dass der Vorwurf gesetzwidrigen Vorganges, den man damals dem Abgeordnetenhause machte, weil es sich beeilte, das Prävenire zu spielen und die bestrittenen Walen noch vor der Entscheidung des R. G. zu agnosciren, ein ganz ungerechtfertigter war. Denn solange die Entscheidung des R. G. nicht vorlag, war der Legitimationsausschuss und das Haus zur Prüfung und Entscheidung aller Vorfragen berufen; es konnte somit auch über die bestrittene Walberechtigung der blos physischen Besitzer und der Hauseigentümer incidenter entscheiden. Juristisch war also der Vorgang der damaligen Majorität des Hauses ganz correkt.

Der später im Abgeordnetenhause eingebrachte Antrag des Grafen Hohenwart, der darauf abzielte, das Vorgehen des R. G. zu untersuchen, weil dasselbe seine Competenz überschritten habe, indem es die vom Verifikationsausschusse und dem Hause bereits entschiedenen Vorfragen neuerlich einer Prüfung unterzog, war jedoch, wie sich aus den Ausführungen im Texte ergibt, verfehlt. Denn die Entscheidung des Hauses machte res judicata nur hinsichtlich der Giltigkeit der Wal, nicht hinsichtlich der Vorfragen, zu deren Entscheidung zwar das Reichsgericht, nicht aber das Abgeordnetenhaus competent war. Scharf und richtig ist dieser Gesichtspunkt in den Motiven zu R. G. 234 zum Ausdrucke gebracht.

Es wäre nun von Interesse, zu untersuchen, welchen Einfluss die damaligen Entscheidungen auf künftige Walen haben werden. In dieser Beziehung ist im Auge zu behalten, dass zwar durch das Erkenntnis des R. G. nicht bindende Rechtsgrundsätze geschaffen wurden, dass aber die conkreten Rechtsverhältnisse, welche damals (1880) vorlagen, bei unveränderter Sachlage allerdings für künftige Walen entschieden sind. Es ist daher res judicata darüber vorhanden, dass der Religionsfonds, das Schiefer'sche Erbstift, das Domkapitel Linz, der geistliche Nutzniesser in Hartkirchen im oberösterreichischen Grossgrundbesitze kein Walrecht haben, dass der Besitzer des Gutes Traundorf das Walrecht besitze u. s. w. — stets vorausgesetzt, dass die faktischen Verhältnisse, z. B. Steuerleistung, Besitz identisch blieben. Bei den nächsten Walen wären nicht nur die das Walgeschäft

leitenden Behörden, sondern auch das Parlament in diesen Punkten an die res judicata gebunden. Man wird das Parlament allerdings nicht zwingen können, sich an die res judicata zu halten; geschieht es nicht, so läge aber darin ein Rechtsbruch, der nicht hindern kann, dass das Recht, welches gebrochen wurde, als solches anerkannt wird. Während des Druckes dieser Arbeit ist neuerlich eine ähnliche Entscheidung des R. G., betreffend galizische Reichsratwalen, erflossen. Das R. G. erkannte, dass eine grosse Zal von Personen gesetzwidrigerweise als Virilstimmberechtigte in die Liste eingestellt wurden. Über das aktive Walrecht der gedachten Personen als „Virilisten" wird durch das Erkenntnis des R. G. res judicata geschaffen. In diesem Falle ist daher die Situation des Abg. Hauses eine andere als im Jahre 1881 anlässlich der oberösterreichischen Walen. Denn damals folgte das Erkenntnis des R. G. der Verifikation nach; hier wird es umgekehrt sein. Das Abg. H. wird also hier nach dem Prinzip der materiellen Rechtskraft an die Feststellungen des Reichsgerichts bezüglich des aktiven Walrechts und der Classe, in welcher dasselbe ausgeübt wurde, gebunden sein.

Jacques gelangt in der oben Note 102 citirten Schrift zu anderen Resultaten. Er findet umgekehrt den oben erwähnten Antrag des Grafen Hohenwart auf juristischer Basis beruhend, die Motive des R. G. zu Nr. 234 „sophistisch". Das vermeintliche Sophisma löst sich einfach mit der Erwägung, dass die res judicata sich auf Präjudizialpunkte, die zu fremder Competenz gehören, nicht erstreckt. Dass in diesen präjudiziellen Punkten, die in den Motiven niederlegten Entscheidungen der Behörden differiren können, ist zweifellos; ebenso, dass in Fragen des öffentlichen Rechts diese Diskrepanz tausendfach unerträglicher ist, als ähnliche Differenzen in privatrechtlichen Angelegenheiten. Um diese Conflikte zu lösen, dazu reicht die gegenwärtige Gesetzgebung und Wissenschaft absolut nicht aus. Unverständlich ist mir, wie Jacques unter Einem ein Lobredner der richterlichen Competenz zur Prüfung der Verfassungswidrigkeit der Gesetze sein kann. Liest man Jacques' Darstellung, so glaubt man in der Tat, alle Richter des Staates hätten nur immer eine und stets dieselbe Meinung. Wie aber, wenn bei Geltung der Ansichten Jacques' über die Rechtskraft der Präjudizialpunkte die Gerichte über die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes verschieden entscheiden? Was Jacques über die sehr verständigen Vorschläge Jellinek's (a. a. O. S. 22 f., 48 f.) bemerkt, ist gewiss unzutreffend. Mindestens verhindern die letzteren Conflikte zwischen richterlicher Gewalt einer- und Legislative und Exekutive andrerseits, die heraufzubeschwören dem doktrinär angehauchten Liberalismus von jeher eine Art wollüstigen Grauens bereitet hat.

## Einfluss der Nichtigkeitsgründe auf die materielle Rechtskraft.

### § 16.

Es ist kein Zweifel, dass die innere Berechtigung der materiellen Rechtskraft eine um so grössere ist, je mehr Garantien die Rechtsordnung für die Richtigkeit der Entscheidung gewährt.

Allein, so viel es deren geben mag, nie wird die Möglichkeit verschwinden, dass durch die Rechtsprechung Unrecht zum Recht werde. Absichtliche oder unabsichtliche Fehler bei Interpretation der Rechtsnormen, Irrtümer bei Feststellung der Tatbestandsprämissen, fehlerhafte Schlussfolgerungen sind von jeher vorgekommen und werden stets vorkommen, ohne dass darum die materielle Rechtskraft entbehrlich würde. Das Bedürfnis nach bleibender Sicherung des durch die Rechtfindungsorgane verwirklichten Rechtszustandes ist ein so allgemeines und so mit den Grundfesten des Staates zusammenhängendes, dass die Möglichkeit, es könne hie und da einmal Unrecht gesetzt werden, die Geltung des allgemeinen Prinzips nicht beeinträchtigen kann. Dem Ideale entspräche es freilich, allemal, sowie ein derartiges Unrecht Seitens der Behörde begangen wurde, die irrige Entscheidung durch die richtige zu ersetzen. Allein abgesehen davon, dass darüber, was Recht, was Unrecht ist, die Meinungen sehr geteilt sein können, würde die stete Möglichkeit der Repression die Sicherung des einmal fixirten Rechtszustandes geradezu ausschliessen. Nichtsdestoweniger gibt es Interessen von solcher Wichtigkeit, dass behördliche Akte, welche gesetzwidrigerweise dieselben ausser Acht lassen, in keiner Rechtsordnung als geltendes Recht aufrecht erhalten werden können, wie es ja ein Staatsnotrecht auch auf anderen Gebieten des Rechtslebens gibt, dem alle Privatrechte und -Interessen zum Opfer fallen müssen.

Repression des durch die Behörde begangenen Unrechtes und Sicherung des einmal festgestellten Rechtszustandes — diese zwei Prinzipien stehen also mit einander im Widerspruche. Von einer für alle Rechtsordnungen einheitlich zu setzenden theoretischen Grenzlinie zwischen den Äusserungen dieser Prinzipien kann nicht die Rede sein, denn offenbar kann diese Grenzlinie nur in dem Werte der durch das behördliche Unrecht verletzten Interessen liegen.

Schon hieraus erklärt es sich, dass dieselbe eine andere sein wird im öffentlichen, eine andere im Privatrecht; denn beide Begriffe sind ja gleichfalls Nichts als der Ausdruck des Interesses, welches die Gesammtheit nach der jeweiligen Ansicht der Herrschenden an den einzelnen Rechtsverhältnissen nimmt. Für's Privatrecht folgt hieraus das unbeschränkte Dispositionsrecht der Parteien und in unserer Frage folgt aus diesem Dispositionsrecht wieder, dass die Möglichkeit einer Repression des durch die Rechtsprechung gesetzten Unrechtes fast gänzlich ausgeschlossen sein wird. Auf privatrechtlichem Gebiete haben daher alle Einrichtungen, die sich auf die Rechtsprechung beziehen, fast durchweg nur das Ziel der Prävention des Unrechts im Auge. Jeder Partei sollen zwar, so weit es nur irgend möglich ist, alle Mittel in die Hand gegeben werden, um ihr Recht zu verwirklichen; wie sie aber diese Mittel anzuwenden beliebt, das interessirt die Gesammtheit nicht; der durch den Spruch geschaffene Rechtszustand soll daher bleiben wie er ist, selbst wenn sich später constatiren liesse, dass ein Unrecht geschah. Im Verwaltungsrecht liegt die Sache ganz anders. Die Angelegenheiten, die hier zur Entscheidung kommen, tangiren stets direkt die Interessen der Gesammtheit mindestens nach einer Richtung; die Interessen der Parteien können sich zwar nach anderer Richtung bewegen und es kann daher kommen, dass innerhalb dieser Interessendivergenz auch hier den Dispositionen der Parteien ein gewisses Gebiet überlassen bleibt. Allein dieses Dispositionsrecht der Parteien tritt zurück gegenüber dem öffentlichen Interesse; letzteres geht grundsätzlich vor. Dadurch entsteht hier eine ziemlich verschlungene Linie, in welcher sich jene Grenze zwischen Repressionsmöglichkeit und materieller Rechtskraft objektivirt, abhängig teils von der Beschaffenheit der beteiligten Interessen, teils von der Beschaffenheit des rechtsprechenden Behörde, teils von der Art ihres Verfarens.

Bevor wir es versuchen, diese Linie im Einzelnen zu fixiren, haben wir nur hervorzuheben, dass die Möglichkeit der Repression des behördlichen Unrechtes eine Prüfung der Frage voraussetzt, ob Nichtigkeitsgründe vorhanden sind. Materielle Rechtskraft ist eben der Ausdruck dafür, dass die Anstellung einer solchen Prüfung verwehrt ist.

Denn gestattet die Rechtsordnung einmal diese Prüfung, so muss sie folgerichtig auch die Abänderung gestatten; andernfalls wäre die Zulässigkeit der Prüfung sinnlos. Es ist nicht ganz richtig ausgedrückt, wenn man die Frage so stellt, ob eine nichtige Entscheidung materielle Rechtskraft bestitze; ob die Entscheidung nichtig ist, das weiss man erst, wenn die Prüfung betreffs des Vorliegens von Nichtigkeitsgründen zulässig war und letztere in der Tat constatirt wurden. Man hat daher die Frage dahin zu stellen, ob eine Untersuchung dieser Art der einzelnen Entscheidung gegenüber zulässig ist.

Zur Beantwortung dieser Frage ist es vorerst erforderlich, sich über die Bedeutung des Ausdruckes „Nichtigkeitsgrund" klar zu sein. Unter „Nichtigkeit" verstehe ich jede Diskrepanz zwischen dem wirklich vor sich gegangenen und dem von der Rechtsordnung geforderten Verhalten einer Behörde, infolge deren die von der Behörde beabsichtigte Rechtswirkung entweder überhaupt nicht (absolute N.) oder nur unter gewissen Voraussetzungen nicht (relative N.) eintritt. Ob die Nichtbeachtung einer Rechtsnorm Nichtigkeit nach sich zieht, sowie ob diese Nichtigkeit absolut oder relativ ist, hängt von der Beschaffenheit der Norm selbst ab. Im Allgemeinen spricht die Vermutung dafür, dass jede verwaltungsrechtliche Norm eine lex perfecta ist; auf dem Gebiete des administrativen Processes sind leges imperfectae häufiger (unwesentliche Mängel des Verfarens). Falls die Rechtsfolgen der Übertretung nicht aus dem Wortlaut derselben zu entnehmen sind, muss eine zweckentsprechende Interpretation über diesen Punkt Aufschluss erteilen. Die nähere Darstellung der Lehre von der Nichtig-

---

[1]) Über die Wal der Ausdrücke absolute und relative Nullität beziehe ich mich auf das eben in § 14, Note 52 Gesagte. „Anfechtbarkeit" und „relative Nullität" sind hier völlig identisch; am passendsten wäre der von Burckhard, System II, S. 457 vorgeschlagene Ausdruck: „bedingte Nullität". Der Begriff „Anfechtbarkeit" im Sinne des materiellen Civilrechtes ist hier genau genommen überhaupt unanwendbar; denn jede Constatirung eines Verstosses gegen eine lex perfecta wirkt, wo sie nach Eintritt der formellen Rechtskraft möglich ist, ex tunc. Hingegen ist allerdings wieder der Ausdruck „relative Nichtigkeit" darum nicht ganz passend, weil man nicht etwas „nichtig" nennen sollte, was denn doch da war und gewisse Wirkungen ausübte, ja unter Umständen auszuüben fortfährt. Allein dieses Bedenken löst sich wol mit der von Burckhard a. a. O. S. 433 gemachten Bemerkung, dass es sich hier überhaupt nicht um reale Existenzen, sondern um gedachte Abstraktionen handelt: „Es liegt gar nichts im Wege, dass die „Rechtsordnung einen Tatbestand zuerst als Ursache rechtlicher Wirkungen „anerkennt, dann aber wegen eines hinzugetretenen Ereignisses diesem Tat„bestande seine rechtliche Wirksamkeit gänzlich abspricht."

Die im Texte gewälten Ausdrücke folgen dem allgemeinen Sprachgebrauch.

keit — ein gleichfalls noch nicht geschriebenes Capitel des allgemeinen Teils des verwaltungsrechtlichen Systems — fällt ausser den Rahmen dieser Schrift. Nur soweit dieselbe mit dem Gegenstand der letzteren in unmittelbarem Zusammenhange steht, soll davon gehandelt werden.

Wir unterscheiden folgende drei Kategorien von Nichtigkeitsgründen.

1) sachliche Unzuständigkeit,

2) wesentliche Mängel des Verfarens,

3) Rechtswidrigkeit der Entscheidung selbst.

Zu 1)

Dass sachliche Unzuständigkeit das Verfaren und somit auch die Entscheidung nichtig macht, ist ein Satz, der dem Verwaltungsrecht mit dem bürgerlichen Recht gemein ist. Jede, die sachliche Zuständigkeit betreffende Norm ist eine lex perfecta[2]), soferne nicht das Gegenteil ausdrücklich ausgesprochen ist. Diess ergibt sich aus der Natur der Sache; denn indem die Rechtsordnung einem amtlichen Organe einen bestimmten Wirkungskreis zuweist, gibt sie damit ganz unzweideutig dem Willen Ausdruck, dass die Vorbildung, praktische Schulung, rechtliche und materielle Stellung gerade nur bei diesen Organen dazu hinreiche, um die definitive Ordnung der Rechtsverhältnisse ihnen mit Beruhigung überlassen zu können.

Gleichwol macht sich auch hier ein Unterschied zwischen Privat- und öffentlichem Recht insofern geltend, als die Parteien des Civilprocesses mit Eintritt der formellen Rechtskraft von dem Rechte, die Einwendung der sachlichen Unzuständigkeit geltend zu machen, präkludirt werden.[3]) Wie schon oben S. 240 erwähnt, ist jedoch nach österreichischem Recht den Obergerichten frei gestellt, auch in diesem Falle von Amtswegen oder über Antrag der Verwaltungsbehörde den incompetenten Akt zu annulliren. Auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes dagegen ist eine Präklusion der Verwaltung vom Rechte die sachliche Unzuständigkeit einzuwenden, grundsätzlich nicht vorhanden. Dagegen ist eine solche Präklusion der Parteien und der Verwaltung allerdings in dem Falle vorhanden, wenn eine Behörde mit Unrecht ihre Unzuständigkeit angenommen hat.[3a])

---

[2]) Siehe die bei Mh. I, S. 268 citirten Hofdekrete. Ein incompetenterweise erlassenes Verbot macht daher, wenn nicht beachtet, nicht strafbar. E. d. M. d. I. v. 28. Novbr. 1868; Lienbacher, Öffentl. Sicherheit II, S. 214.

[3]) Sachliche Incompetenz ist daher ein Grund zur Revision (§ 513, al. 4 D. R. C. P. O., § 48 Jur. N. § 262 A. G. O.), aber nicht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage, wenn die Geltendmachung derselben im Instanzenzuge verabsäumt wurde. (§ 542, letzte al., D. R. C. P. O.)

[3a]) Ein Interesse, den Nichtigkeitsgrund der (irrig angenommenen) Un-

Zu 2)

Auch der Satz, dass wesentliche Mängel das Verfaren nichtig machen, ist allseits anerkannt. Genau genommen enthält derselbe eine petitio principii; denn „wesentlich" nennen wir eben jene Formen des Processes, bei deren Ausserachtlassung wir eine sachgemässe Entscheidung für nicht möglich erachten. Bisher hat kein Staat die wesentlichen Formen des Administrativprocesses gesetzlich taxativ codifizirt.[4]) Ein solches Unternehmen wäre bei dem Zustande der gegenwärtig noch geltenden, meist aus früherer Zeit stammenden Verwaltungsgesetze nicht tunlich. Dieses Gebiet ist also gänzlich der Entwickelung und Ausbildung durch die Rechtsfindungsorgane und die Wissenschaft überlassen. Als wesentliche Mängel des Verfarens wären beispielsweise anzuführen: wenn die Behörde nicht vorschriftsmässig besetzt war[5]); wenn eine befangene Person intervenirte, eine straf- oder disziplinarbehördlich[6]) zu ahndende Pflichtverletzung begangen wurde; wenn Beweiserhebung in bestrittenen Punkten unterblieb[7]); wenn einer

---

zuständigkeit geltend zu machen, anerkennt unsere Rechtsordnung nur auf Seite der benachteiligten Partei. Diess ist sehr begreiflich, denn durch den positiven Übergriff in eine fremde Competenzsphäre müssen im Vollstreckungsstadium offene Conflikte entstehen, während das beiderseitig ablehnende Verhalten zu solchen Conflikten durchaus nicht führt, sondern lediglich die beteiligten Parteien schädigt. Daher hat nur diese, nicht aber die Verwaltung das Recht, den negativen Competenzconflikt beim Reichsgericht zu erheben (§ 14 des Gesetzes vom 18. April 1869, Nr. 44). Aus dieser gesetzlichen Bestimmung, welche das öffentliche Interesse an der Confliktserhebung bei beiderseitiger Competenzablehnung negirt, folgt unmittelbar, dass die Competenzablehnung (wenn formell rechtskräftig geworden) von der Aufsichtsbehörde nicht mehr cassirt werden kann. Diess wäre das richtige Motiv für V. G. H. 2351 gewesen; weder der vage Begriff der „reinen Parteisache" (vgl. oben § 10, S. 119 ff.) noch das Anhängigsein der Sache vor dem R. G. hätten ein Hindernis der Anwendung des Oberaufsichtsrechtes bilden können.

[4]) Auch die deutschen Reformgesetze nicht. (Vgl. d. preuss. Ges. v. 30. Juli 1883, § 94. Brauchitsch a. a. O. I, S. 128, v. Stengel a. a. O. S. 545 halten die diessfälligen Normen der deutschen R. C. P. O. für anwendbar; vgl. auch württ. Gesetz v. 16. Dez. 1876, A. 72.) Für's österreichische Recht ist der im Texte enthaltene Satz in § 6 des Ges. v. 22. Okt. 1875 ausgesprochen.

[5]) Nr. 22 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.

[6]) Nach preuss. u. württemb. Recht ist disciplinäre Pflichtverletzung wol ein Grund der Revision, nicht aber der Nichtigkeitsklage (arg. § 543, al. 5, D. R. C. P. O.), was wol kaum — wenigstens auf unserem Gebiete — zu billigen sein dürfte.

[7]) Z. B. die vorgeschriebene Einvernemung von Sachverständigen: Nr. 93 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.

Partei die Möglichkeit der Vernehmlassung abgeschnitten wurde[8]); wenn die Ausfertigung der Entscheidung mit dieser selbst im Widerspruch steht[9]) u. s. w.

Zu 3)

Die Entscheidung selbst ist nichtig

a) wenn wesentliche Tatsachen mit Unrecht als erwiesen, beziehungsweise als nicht erwiesen angenommen worden sind;

b) wenn eine geltende Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet wurde.

Bringen wir die drei hier aufgestellten Kategorien von Nichtigkeitsgründen in Beziehung zu der Art der durch den nichtigen Vorgang verletzten Interessen, so ergibt sich zunächst, dass eine Präklusion der Parteien insoferne möglich ist, als die Rechtsordnung diese Interessen als ausschliesslich der Parteidisposition unterliegend anerkennt, soweit also Parteiinteressen mit öffentlichen Interessen nicht zusammenfallen. Demgemäss kann es wol vorkommen, dass eine Entscheidung der einen Partei gegenüber vollstreckbar und materiell rechtskräftig wird, während die andere Partei die Vernichtigung derselben erzielt (siehe oben S. 201 ff.). Es liegt darin, wie schon in Note 1 bemerkt, kein Widerspruch, weil die Begriffe „Nichtigkeit“ und „Rechtskraft“, wie alle Rechtsbegriffe, nicht ein Ausdruck realer Existenzen sind. Was durch die Entscheidung festgestellt wird, ist nur ein Gedachtes, ein Causalnexus. Die Rechtsordnung kann sehr wol Imperative an eine derartige Abstraktion knüpfen, welche sie demnächst oder anderen Parteien gegenüber negirt.

Nichtigkeitsgründe daher, deren Geltendmachung ausschliesslich im Interesse einer Partei liegen, müssen vor Eintritt der Rechtskraft im Wege der dafür bestimmten Rechtsmittel geltend gemacht werden, widrigens die Partei von der ferneren Berufung auf dieselben präkludirt ist.[10]) Diess gilt im Princip von allen Nichtigkeitsgründen;

---

[8]) Soferne ihr rechtliches Interesse von der Rechtsordnung anerkannt ist. Auch die nach dem Gesetze zu hörenden Vertreter öffentlicher Interessen sind hieher zu rechnen. E. d. pr. O. V. G. v. 8. Sept. 1876 (Samml. I, S. 325).

[9]) V. G. H. 1541.

[10]) V. G. H. 703, 1447, 1806, 2295, 2297, (a contr. aus) 1077; ausdrückl. ausgesprochen in 580 und 2349.

Dasselbe gilt von dem Nichtigkeitsgrund des Verstosses gegen die materielle Rechtskraft, V. G. H. 1737, No. 216 der nach § 6 gef. Erk. dess. (Vgl. auch 311 a. E.) Es soll übrigens damit nicht etwa gesagt sein, dass man derlei processuale Rechte nur verlieren könne, wenn man sie auszuüben unterlassen habe. Auch durch die fruchtlose Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes verliert man das Recht, in derselben Sache sich auf ihn zu berufen. Es ist diess eine notwendige Consequenz des Prinzips der materiellen Rechtskraft.

nur hinsichtlich der sachlichen Unzuständigkeit ist es gegenstandslos, von einer Präklusion der Parteien zu sprechen, weil dieser Nichtigkeitsgrund stets von Amtswegen zu prüfen ist. Hinsichtlich der Versagung des rechtlichen Gehörs ist zu bemerken, dass von einer Präklusion gleichfalls nicht gesprochen werden kann, weil dabei eben vorausgesetzt wird, dass die übergangene Partei nicht in die Lage kam, ihre processualen Rechte auszuüben.

Was die Form betrifft, in welcher die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen zu erfolgen hat, so besteht darüber nach österreichischem Recht keine Bestimmung. Eine Nichtigkeitsklage, wie sie die §§ 542 ff. D. R. C. P. O. normiren, ist hier nicht erforderlich, wenngleich sich gegen eine speziell auf Vernichtigung eines administrativen Aktes gerichtete Parteieingabe Nichts einwenden lassen dürfte. Die Nichtigkeit kann daher, soferne die Partei nicht präkludirt ist, auch einredeweise oder als Opposition gegen das Vollstreckungsmandat geltend gemacht werden. Nur innerhalb des Instanzenzuges — solange also der Akt nicht formell rechtskräftig ist — gilt das Präklusionsprincip grundsätzlich nicht; auch in letzter Instanz können Neuerungen aller Art vorgebracht werden.[11]) Doch besteht hinsichtlich der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof von letzterem Grundsatz wieder eine scheinbare[12]) Ausname, indem gemäss § 18, al. 1 des Ges. v. 22. Okt. 1875 alle Nichtigkeitsgründe schon in der schriftlichen Beschwerde angegeben sein müssen.[13])

---

[11]) Dieser Satz wird in der Praxis allgemein anerkannt. Erl. d. C. u. U. M. v. 10. Dez. 1870 (Mh. I, S. 693).

[12]) Scheinbar: denn der V. G. H. steht nicht innerhalb des Verwaltungsorganismus.

[13]) V. G. H. 455, 703, 594, 1206, 1559, 1806, 2185, Nr. 13 der nach § 6 gef. Erk. u. öfter. Bezüglich der sachlichen Unzuständigkeit besteht natürlich eine Ausname. Diese Einwendung kann auch erst in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. (V. G. H. 1217; unrichtig V. G. H. 190); der V. G. H. kann sachliche Unzuständigkeit selbst von Amtswegen wahrnehmen, ohne dass ein diessfälliger Parteiantrag vorliegt (V. G. H. 225 u. 2228). Auch gegen das Vollstreckungsmandat ist diese Einwendung zulässig (unrichtig daher V. G. H. 1720 u. E. d. M. f. C. u. U. v. 23. Juni 1870, G. Ztg. 1871, S. 243), sowie sie auch nicht abgelehnt werden kann, wenngleich sie von einer zu Rechtsmitteln nicht legitimirten Person erhoben wird (Nr. 66 der nach § 6 gef. Erk. des V. G. H.). Hingegen muss allerdings die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof und das Reichsgericht in termino erhoben werden; denn nach Ablauf der Beschwerdefrist erlischt das Recht der Partei, diese Instanzen anzugehen zur Gänze (§§ 14 u. 49 des Ges. v. 22. Okt. 1875 u. § 17 des Ges. v. 18. April 1869); die sachliche Unzuständigkeit kann dann nur von der Aufsichtsbehörde geltend gemacht

Die Stellung der Parteien ist hiemit ins Klare gestellt: Das Recht, Nichtigkeitsgründe geltend zu machen, verwirkt man mit Eintritt der formellen Rechtskraft. Schwieriger ist jedoch die Stellung der öffentlichen Interessen in dieser Frage. Lässt man principiell den öffentlichen Interessen, beziehungsweise ihren berufenen Vertretern, den Verwaltungsorganen, die Möglichkeit, Nichtigkeitsgründe zu allen Zeiten geltend zu machen, so stellt man damit den Eintritt und die Dauer der materiellen Rechtskraft ins Ermessen der Verwaltungsbehörden; denn die rechtsprechende Instanz vertritt zugleich selbst die öffentlichen Interessen. Dass diese Anschauung unhaltbar ist und im modernen, speziell im österreichischen Recht derzeit nicht Platz greift, ist bereits oben in § 10 dargelegt worden. Gleichwol findet die dort aufgestellte Regel ihre Ausnamen und zwar im Hinblick auf den Wert der öffentlichen Interessen, welche durch das unrichtige Vorgehen der Behörde tangirt sind.

Wie wir bei Betrachtung der sachlichen Unzuständigkeit gesehen haben, ist trotz des Bestandes des Princips der materiellen Rechtskraft die völlige Wirkungslosigkeit einer sachlich incompetenten Entscheidung und daher eine stete Prüfung der Competenzfrage durch öffentliche Interessen dringendster Art geboten. Absolute Kraft kann eine Entscheidung, wie wir im § 14 entwickelt haben, nur besitzen, wenn die Gesammtheit der faktischen Interessen, welche die Behörde zu vertreten hat, im Verfaren Parteirechte ausüben konnte. Diese Möglichkeit ist benommen, wenn die sachlich nicht zuständige Behörde entschieden hat.[13a])

Unter einem ähnlichen Gesichtspunkt wird sich hinsichtlich der anderen Nichtigkeitsgründe die Frage lösen lassen, wie sich die Aufrechthaltung der öffentlichen Interessen mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit vereinigen lasse.

---

(V. G. H. 2167) oder von den Verwaltungsgerichtshöfen in der Weise berücksichtigt werden, dass in einem späteren Falle die materielle Rechtskraft der incompetenten Entscheidung abgelehnt wird.

Fraglich: ob die erkennende Behörde ihre eigene Entscheidung wegen Incompetenz von Amtswegen annulliren kann, wenn Dritte dadurch Rechte nicht erworben haben?

[13a]) De lege ferenda liegt in dieser Erwägung der Grund, weshalb sich an den Nichtigkeitsgrund der (irrig angenommenen) sachlichen Zuständigkeit so ganz andere Rechtswirkungen knüpfen, als an jenen der (irrig angenommenen) sachlichen Unzuständigkeit. Denn das irrige Nichtentscheiden kann für die Gesammtheit keine oder nur verschwindend geringe Nachteile mit sich führen.

Wir glauben auch hier durchaus nicht Spekulationen de lege ferenda zu geben, sondern lediglich unter Anwendung der construktiven Methode geltendes Recht zu analysiren, wenn wir bei Beantwortung dieser Frage einerseits von dem Unterschied zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, andererseits von dem Unterschied der verwaltungsgerichtlichen und der verwaltungsbehördlichen Rechtsprechung ausgehen.

Was zunächst die Rechtsprechung betrifft, so lässt es sich wol nicht leugnen, dass das moderne Verwaltungsrecht aller Staaten sehr stark von der Tendenz beeinflusst ist, vor allem die Sicherung des geschaffenen Rechtszustandes ins Auge zu fassen. Verbesserung der Rechtsprechung und Sicherung des dadurch erzielten Zustandes sind ja bei Einführung der Verwaltungsgerichte die beiden grossen Zielpunkte der Entwickelung gewesen. Sowie man daran dachte, eigene Verwaltungsgerichte einzuführen, musste es einer der ersten Schritte auf dem Wege der Reform sein, die Vertretung der öffentlichen Interessen von der Rechtsprechung zu trennen und besonderen mit Parteirechten ausgestatteten Organen zu übertragen. Bei allen Verwaltungsgerichten werden daher die öffentlichen Interessen durch Staatsanwälte oder spezielle Commissarien vertreten, welche die Aufgabe haben, das dem öffentlichen Interesse widerstreitende Unrecht im Wege der ordentlichen Rechtsmittel zu saniren. Hiedurch erhält die Gesammtheit die Möglichkeit alles Unrecht vor Eintritt der formellen Rechtskraft zu beheben; folgerichtig muss nach diesem Zeitpunkt die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen gänzlich[14]) ausgeschlossen bleiben. Sehr begreiflich: je mehr die Garantie wächst, dass vor Eintritt der Rechtskraft die öffentlichen Interessen gewahrt wurden, desto beruhigter kann man die Möglichkeit einer nachherigen Anfechtung ausschliessen. Durch die Organisirung der Verwaltungsgerichte ist nur Ersteres in dem (derzeit)

---

[14]) Selbstverständlich sehe ich hiebei ab von den Fällen der Nichtigkeitsklage, die ja auch trotz des im Privatrecht aufs Schärfste durchgeführten Präklusionsprinzips den gerichtlichen Urteilen gegenüber Anwendung findet. Die Zulässigkeit derselben wird hier eben dadurch bedingt (§ 545 D. R. C. P. O.), dass der Commissar des öffentlichen Interesses ohne sein Verschulden ausser Stande war, den Anfechtungsgrund im Rechtsmittelverfaren anzubringen.

Dass bei alledem die öffentlichen Interessen nicht immer genügend vertreten sein werden, ist gewiss; nichts Menschliches ist eben vollkommen. Auch bei der Strafgerichtspflege ist diess der Fall; trotzdem hat man dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit dabei so weit Rechnung getragen, dass der Staatsanwaltschaft gegenüber das Präklusionsprincip mit voller Schärfe durchgeführt wurde. Ganz ähnlich steht die Sache bei den Verwaltungsgerichten.

denkbarst hohen Grade der Fall; mit Eintritt der formellen Rechtskraft werden daher alle verwaltungsgerichtlichen Urteile gegenüber den Vertretern der öffentlichen Interessen unanfechtbar.[15]) Diess ist auch Rechtens hinsichtlich der beiden österreichischen Verwaltungsgerichte, des Verwaltungsgerichtshofes und des Reichsgerichtes.

Im eigentlichen Conflikt aber stehen jene beiden Principien der Sicherung des einmal geschaffenen Rechtszustandes und der Aufrechthaltung der öffentlichen Interessen dort, wo die Verwaltungsbehörden selbst Recht sprechen. Da die öffentlichen Interessen hier durch die rechtsprechende Instanz selbst vertreten sind, so lässt sich da eine derartige präzise Präklusion, wie diess bei ben Verwaltungsgerichten möglich ist, nicht durchführen. Andererseits entspricht es dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit nicht, wenn jeder Nichtigkeitsgrund fortgesetzt geltend gemacht werden kann, da ja die neue Entscheidung vor weiteren Anfechtungen gleichfalls nicht gesichert wäre. Um diesem Dilemma zu entgehen, ist es meines Erachtens unerlässlich zu unterscheiden, ob die Incorrektheit eine derartige war, dass die Möglichkeit einer richtigen Entscheidung vorhanden war oder nicht.

Sowie jene Formen des Verfarens, welche die Rechtsordnung als wesentlich bezeichnet, nicht eingehalten wurden, kann man nicht wol von der Zulässigkeit einer Präklusion der öffentlichen Interessen sprechen; in diesem Falle steht die Sache genau so, wie beim Vorliegen der sachlichen Unzuständigkeit: die öffentlichen Interessen [16]) entbehrten der Vertretung. Wie könnte man sie gleichwol durch die Entscheidung für gebunden erachten, wenn man von vorneherein zugeben muss, dass die wesentlichen Bedingungen eines correkten Verfarens ausser Acht gelassen wurden? Ich glaube daher, dass die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, auch wenn sie rechtskräftig geworden sind, einer steten Anfechtbarkeit Seitens der Verwaltung in-

---

[15]) Preuss. Ges. v. 30. Juli 1883, § 100; württ. Ges. v. 16. Dez. 1876, Art. 52; § 542 D. R. C. P. O. Baden macht hinsichtlich der sachlichen Unzuständigkeit (Notfrist: ein Jahr) eine Ausname. Desgleichen Württemberg hinsichtlich der Fälle der Rechtsbeschwerde (Notfrist: ein Monat) (Art. 70 c. l.).

Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass die Verwaltungsbehörden gegenüber den verwaltungsgerichtlichen Urteilen das Oberaufsichtsrecht nicht besitzen (A. 15 des bayr. Ges.), sowie dass eine amtswegige Cassation derselben durch die Verwaltungsgerichte selbst nicht zulässig ist.

[16]) Es ist schon früher ausgeführt worden, dass es Nichtigkeitsgründe gibt, die blos Privatinteressen tangiren. Selbstverständlich ist hier nur von solchen die Rede, welche die Gesammtheit direkt angehen.

soferne unterliegen müssen, als wesentliche Mängel des Verfarens in Frage stehen. Anders aber, wenn bei correktem Verfaren die Entscheidung als rechtswidrig angefochten würde. Hier überwiegt entschieden der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit; war die Möglichkeit einer richtigen Entscheidung gegeben, so ist es lediglich Sache der Rechtsordnung, einer Benachteiligung der öffentlichen Interessen durch entsprechende administrative Einrichtungen vorzubeugen. Es ist ein öffentliches Interesse höherer Ordnung, welches die Zulässigkeit der Repression des Unrechtes hier ausschliesst, weil Jedermann das gleiche Bedürfnis empfindet, dass das von den Rechtfindungsorganen gesetzte Recht unangefochten Recht bleibe. In diesem Punkte treffen daher alle jene Erwägungen, welche für die Unabhängigkeit der materiellen Rechtskraft vom Ermessen der Verwaltungsbehörden sprechen, zu, wesshalb wir uns hier lediglich auf die oben in § 10 enthaltenen Ausführungen beziehen.

Wir kommen also zu dem Schlusse: Entscheidungen der Verwaltungsbehörden können wegen wesentlicher Mängel des Verfarens, nicht aber wegen Rechtswidrigkeit der Entscheidung selbst von der Verwaltung angefochten werden.

Es ist nicht möglich, volle Klarheit über die Anwendbarkeit dieses Satzes zu erlangen, ohne dass man vorher die Form betrachtet, in welcher derlei Nichtigkeitgründe geprüft und constatirt werden können.

Zwei Wege sind hier möglich: entweder die Handhabung des den staatlichen Oberbehörden zustehenden Aufsichtsrechtes oder eine Art der Rechtsprechung und Verwaltung, welche sich nicht an die Entscheidung hält, sondern ihre Prämissen in der Nichtigkeit der letzteren sucht. Ersteres führt zur formellen Cassirung, letzteres zur formlosen Ignorirung der Entscheidung.

Es liegt natürlich nicht im Plane dieser Schrift, dem künftig zu erwartenden allgemeinen Teil des verwaltungsrechtlichen Systems die Darstellung des höchst wichtigen und theoretisch ziemlich unklar gebliebenen Oberaufsichtsrechtes vorwegzunehmen. Allein es ist unausweichlich, darüber insoweit zu handeln, als es mit der materiellen Rechtskraft zusammenhängt. Hienach bleibe hier das Recht der Aufsichtsbehörden, statt der unteren Instanzen zu verwalten, ganz ausser Betracht; nur die Zulässigkeit der Eingriffe in die Rechtsprechung derselben wollen wir beleuchten. In dieser Funktion kann es lediglich im öffentlichen Interesse[17]) und zwar ausschliesslich zur Geltendmachung

---

[17]) Denn zur Geltendmachung der subjektiven Interessen Einzelner ist die Aufsichtsinstanz nicht legitimirt; sie kann diess nur insoferne als die-

von Nichtigkeitsgründen verwendet werden. Aus Zweckmässigkeitsgründen ist gegen Akte der Rechtsprechung die Handhabung der staatlichen Oberaufsicht unzulässig, weil sie nur bei Verletzung einer Rechtsnorm statthat, die überall dort nicht constatirbar ist, wo die Behörde nach Ermessen vorgehen durfte.

Da nun jede solche Cassation ein Verstoss gegen das Princip der materiellen Rechtskraft ist, so kann sie nur insoweit zulässig sein, als die Notwendigkeit der Aufrechthaltung der öffentlichen Interessen die materielle Rechtskraft überwiegt. Wie vorhin ausgeführt, ist diess nur bei den ad 2 und 3 besprochenen Categorien von Nichtigkeitsgründen der Fall.

Von Aufsichtswegen kann daher nach österreichischem Recht eine Entscheidung nur beim Vorliegen von sachlicher Unzuständigkeit oder wegen wesentlicher Mängel des Verfarens cassirt werden, nicht aber wegen Unrichtigkeit oder Gesetzwidrigkeit der Entscheidung selbst.[18])

---

selben zugleich öffentliche Interessen sind, worüber allerdings nur ihr Ermessen entscheidet.

Wenn daher von einer Partei ein aus was immer für Gründen unzulässiger Recurs in termino überreicht wird, so kann der Recurs formell zurückgewiesen, gleichwol in Handhabung des Aufsichtsrechtes merital cassirt oder reformirt werden, wenn im Übrigen die Bedingungen dazu vorhanden sind.

Der V. G. H. ist keine Aufsichtsbehörde, kann daher von der Partei nicht gerügte Nichtigkeitsgründe nur dann berücksichtigen, wenn diese die sachliche Zuständigkeit oder solche Mängel des Verfarens betreffen, die ihm eine sachgemässe Entscheidung unmöglich machen. In diesem Fall ist also die Regel des § 18, al. 2, des österr. Gesetzes durchbrochen. Vgl. beispielsweise V. G. H. 579 und Nr. 73 u. 216 der nach § 6 gef. Erk. desselben.

Was endlich das Aufsichtsrecht der Krone betrifft, so ist dasselbe im Verwaltungsrecht überhaupt nicht zu behandeln. Denn die Krone tritt in allen Fragen, wo es sich um konkrete Rechtsverhältnisse handelt, nicht als solche, sondern nur durch Vermittelung der Minister mit den Parteien in Contakt. Die Krone als solche kann daher konkrete Rechtsverhältnisse nicht entscheiden, sie kann umsoweniger in die Rechtsprechung der Verwaltungsorgane auf Grund ihres Oberaufsichtsrechtes eingreifen; sie kann aber auch als solche konkrete Verwaltungsakte, Befele, constitutive Verfügungen, Verordnungen nicht erlassen (insoferne es sich nicht um ihre Reservatrechte handelt), noch auch hier ein persönliches Oberaufsichtsrecht ausüben. Mit Einführung der Verfassung hat die Krone auf die persönliche Verwaltung gegenüber den Parteien entsagt; was sich zwischen der Krone und dem Minister abspielt, das sind Vorgänge, die rechtlich indifferent sind.

[18]) Das bayrische Gesetz hat in Art. 15 das Oberaufsichtsrecht der Staatsverwaltung gegenüber den Entscheidungen des V. G. H. ganz, gegenüber den Entscheidungen der unteren Behörden in den Fällen des Art. 8 dess. Ges. (sog. Verwaltungsrechtssachen) für unzulässig erklärt. Dasselbe gilt

Die Praxis des V. G. H. schwankt in der Frage. No. 1098 erklärt eine von Aufsichtswegen aus materiell-rechtlichen Gründen erfolgte Cassation einer Entscheidung (über die Frage, ob ein Vermögen der Kirche oder der Schule gehöre) ohne Weiteres für zulässig; ebenso No. 1357 eine wegen mangelhaften Verfarens verfügte Cassation. Dagegen erklärt No. 1559 mit aller Schärfe die Cassation von Aufsichtswegen bei wesentlichen Mängeln des Verfarens, ja wie die Motive sich ausdrücken, selbst wenn die Entscheidung „ohne Verfaren" (!) gefällt worden sein sollte[19]), No. 2351 die Cassation wegen irriger Ablehnung der Zuständigkeit für unzulässig. No. 2064 erklärt in einem Falle, der jenem von No. 1098 ganz ähnlich ist, die aus materiell-rechtlichen Gründen von der Aufsichtsbehörde erfolgte Cassirung für unzulässig.[20])

---

nach dem württ. Gesetz (Art. 6) für den V. G. H. u. die Kreisregierungen, insoferne sie in den Fällen des Art. 10 des Ges. als Verwaltungsgerichte fungiren, wobei nach Bedarf auch Vertreter der öffentlichen Interessen interveniren (Art. 20). Ich halte es für zweifellos, dass auch im österreichischen Recht die Möglichkeit einer Cassation von Aufsichtswegen wegen wesentlicher Mängel des Verfarens mit dem Augenblicke wegfallen müsste, sobald für die Rechtsprechung ein besonderes Verfaren nach dem Vorgange des bayr. u. württ. Gesetzes eingeführt würde, was man wol als den wahrscheinlichen Entwickelungsgang des österr. Rechtes bezeichnen kann. Denn damit wären so zalreiche Cautelen für die Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten gegeben, dass man selbst bei Nichtzuziehung besonderer Vertreter des öffentlichen Interesses das Aufsichtsrecht der Verwaltung zu entbehren in der Lage wäre.

[19]) Worin die Mängel des Verfarens bestanden, wird in der äusserst knapp gehaltenen Motivirung nicht gesagt. Gewiss ist der V. G. H. nicht verpflichtet, die Motive so zu stylisiren, dass auch Andere als die Parteien sich ein klares Bild über die Sachlage verschaffen können. Allein billigerweise könnte man es vom Herausgeber der Judikate verlangen, dass er sich nicht auf den trockenen Abdruck derselben beschränke, sondern die erforderlichen Ergänzungen derselben dem juristischen Publikum mitteile, wie diess seinerzeit von Samitsch in seiner leider so früh wieder eingegangenen Zeitschrift und auch selbst bei einigen der im ersten Bande der Budwinski'schen Sammlung publizirten Judikate der Fall war. Diess gilt insbesondere von der so wichtigen Frage der Beiladung; oft genug wird auch der Inhalt der angefochtenen Entscheidung Eingangs nur ganz flüchtig angedeutet, was bei einer für die Parteien berechneten Ausfertigung genügen mag, den Leser aber, welcher die administrativen Akte nicht zur Hand hat, nicht entsprechend informirt.

[20]) Mit einer mir nicht verständlichen Berufung auf die Min. Vdg. v. 30. August 1868 No. 124, in welcher angeblich ausgesprochen sein soll, dass „in administrativen Rechtssachen (Parteisachen) gefällte Entscheidungen nur „über Berufung im ordentlichen Instanzenzuge abgeändert werden können". Zur Würdigung dieser „Unterlegung" kann ich Jedermann nur die Lektüre dieser Verordnung empfehlen, welche den internen amtlichen Vorgang für den Fall regelt, dass eine Berufung überreicht wurde. Ob und wann aber

Den Vorwurf der Principienreiterei wird man also dem V. G. H. wegen seiner Stellungname zu dieser Frage nicht machen können.

Aus dem Grundsatz der materiellen Rechtskraft ergibt sich jedoch meines Erachtens noch eine anderweitige Einschränkung des Cassationsrechtes der Aufsichtsbehörden. Ist diess Recht, wie ich glaube, nichts Anderes, als eine restitutio in integrum wegen einer durch Ungeschicklichkeit oder Unwissenheit hervorgerufenen Verhinderung der Geltendmachung öffentlicher Interessen, so muss das einmal erfolgte Eintreten der Aufsichtsinstanz in die Aktion die Verwaltung von der neuerlichen Urgirung dieser Interessen präkludiren. Die Aufsichtsbehörde übt in dieser Funktion eine Tätigkeit aus, welche nur der Form, nicht der Sache nach von der der Staatsanwaltschaft oder der Commissarien zur Wahrung des öffentlichen Interesses verschieden ist, mit dem einzigen Unterschied, dass sie repressiv, nicht präventiv einwirkt. Eröffnet sich nun der berufenen Vertretung des öffentlichen Interesses späterhin die Möglichkeit, das letztere zur Geltung zu bringen und unterlässt sie es gleichwol, so muss man wol nach allgemeinen Grundsätzen an diese Unterlassung Präklusion und zwar um so gewisser knüpfen, als die Stellung der Aufsichtsbehörden die Möglichkeit eines leichtfertigen Vorgehens ausschliesst.

Dieser Satz ist einerseits darum von Wichtigkeit, weil er die Rechte der Parteien gegenüber Sinnesänderungen der Ministerien in Schutz nimmt, welche nicht nur uncontrolirbar, sondern auch hinsichtlich ihrer Aufrichtigkeit unter Umständen anzuzweifeln wären; andererseits darum, weil nicht nur die Ministerien, sondern auch die Statthaltereien und Bezirkshauptmannschaften als Aufsichtsbehörden fungiren können, wodurch die Möglichkeit divergirender Ansichten über die Interessen der Gesammtheit vergrössert wird.

Es kommt häufig genug vor, dass in einer Sache das Aufsichtsrecht der Staatsverwaltung angerufen wird oder dass die letztere sich von Amtswegen in Absicht auf die Ausübung des Aufsichtsrechtes von einer Angelegenheit informirt. Ergeht nun darüber eine Verfügung oder Entscheidung des Inhalts, dass zur Cassation von Aufsichtswegen ein zureichender Grund nicht vorhanden sei, so ist m. E. die Verwaltung von der ferneren Geltendmachung des öffentlicheu Interesses präkludirt.[21])

---

ausser diesem Falle eine Abänderung zulässig sei, darüber habe ich trotz allen Suchens in der Verordnung nicht dass Geringste finden können.

[21]) Es wäre freilich irrig, einem derartigen Akt materielle Rechtskraft zuzuschreiben, weil er Rechtsprechung nicht enthält (vgl. oben S. 147) und somit auch die Motive der Ablehnung nicht res judicata werden können.

Ist also z. B. der Beschluss einer Gemeindebehörde von der Bezirkshauptmannschaft, von der Statthalterei oder dem Minister; der Beschluss eines Bezirksausschusses, eines Bezirksschulrates oder einer Bezirkshauptmannschaft von der Statthalterei oder dem Ministerium, oder endlich der Beschluss einer Statthalterei vom Ministerium einmal als gesetzmässig erklärt worden, so kann diesen Beschlüssen gegenüber, sofern darin ein Akt der Rechtsprechung gelegen war, das Aufsichtsrecht in der entgegengesetzten Richtung nicht mehr zur Geltung gebracht werden.

Dagegen ist es meines Erachtens gleichgiltig, ob Dritte durch die Entscheidung Rechte erworben hatten oder nicht. Beschränkt man die Zulässigkeit der Ausübung des Oberaufsichtsrechtes, wie hier geschehen, auf die Fälle der sachlichen Unzuständigkeit und wesentlicher Mängel des Verfarens, so wird sich selbst de lege ferenda gegen diesen Satz Nichts einwenden lassen. De lege lata ist zu bemerken, dass Rechte[22]) Dritter in dieser Beziehung durch die Min. Vdg. v. 30. August 1868, No. 124, nicht geschützt sind. Denn diese Verordnung spricht erstlich nur von dem Falle, dass gegen eine Entscheidung Seitens einer Partei Recurs eingelegt wurde, zweitens eximirt sie ausdrücklich die Rechte der Oberaufsichtsbehörden, indem sie nur das Verhalten jener Behörde normirt, gegen deren Entscheidung Recurs eingelegt wurde.[23]) Das Vorgehen der Behörde dem formell rechtskräftigen Akt gegenüber, ist in der Verordnung gar nicht behandelt; folglich liegt das ganze Aufsichtsrecht der Oberbehörden ausserhalb der Verordnung.

Soviel hinsichtlich der formellen Cassirung.

Was die formlose Ignorirung betrifft, so existiren darüber keine gesetzlichen Bestimmungen. Jede formlose Ignorirung bedeutet den Gegensatz zur Gebundenheit durch materielle Rechtskraft. Die Zulässigkeit derselben bewegt sich daher genau innerhalb derselben Grenzen,

---

[22]) Soweit die Aufsichtsbehörde eingreifen darf, liegen eben nur Scheinrechte vor.

[23]) Schon oben (§ 9, S. 106) habe ich über die verfehlte Verwendung dieser Verordnung zur Begründung der materiellen Rechtskraft hingewiesen. Die diessbezüglich ständig wiederkehrende Argumentation des V. G. H. erscheint mir ein Rätsel. Vgl. nebst dem soeben (in Note 20) besprochenen Judikat auch Nr. 580, wo eine Statthalterei von Amtswegen eine vor 13 Jahren von ihr gefällte Entscheidung über ein Heimatsrecht abänderte, welcher Vorgang — unglaublicherweise — vom Ministerium gebilligt worden war. Wieso hier ein Anwendungsfall der gedachten Ministerialverordnung gegeben sein soll, welche festsetzt, wie im Fall des Recurses vorgegangen werden soll, ist mir geradezu unverständlich.

wie die Handhabung des Aufsichtsrechtes. Die Verwaltungsbehörde kann von der materiellen Rechtskraft einer Entscheidung im Princip zwar abgehen, ohne dass die letztere zuvor formell cassirt wird, allein ein derartiger Vorgang ist nur zulässig, wenn sachliche Unzuständigkeit oder wesentliche Mängel des Verfarens vorhanden waren. Den Verwaltungsgerichtshöfen wird man dasselbe Recht zuschreiben müssen. Die Prüfung einer rechtskräftigen verwaltungsbehördlichen Entscheidung nach der Richtung der materiellen Gesetzwidrigkeit bleibt allen rechtsprechenden Organen verwehrt. Den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte gegenüber wird auch die Einwendung wesentlicher Mängel des Verfarens unzulässig sein; derlei Einwendungen müssen von den Vertretern des öffentlichen Interesses im Zuge des Verfarens geltend gemacht werden. Ob der Verwaltungsgerichtshof oder das Reichsgericht ihre eigenen Entscheidungen oder der einer dieser Gerichtshöfe die des anderen wegen sachlicher Unzuständigkeit als nichtig ignoriren können, bleibe dahingestellt; nach allgemeinen Grundsätzen wird die Frage wol bejahend zu beantworten sein. Vgl. § 11 Note 23.

Das Recht der formlosen Ignorirung steht jeder rechtsprechenden Instanz zu, während das Aufsichtsrecht nur einigen im Gesetze speziell bezeichneten Oberbehörden zukommt. Das Aufsichtsrecht ist zunächst eine Aktion im öffentlichen Interesse, keine Rechtsprechung, kann nur zu letzterer führen. Von Aufsichtswegen können daher die Verwaltungsgerichtshöfe nicht cassiren; dagegen beschränkt sich die Befugnis der Aufsichtsinstanz auf die Cassation; das Eingehen in die Meritalentscheidung ist ihr versagt. Diess gilt nicht nur von der Aufsicht der Staatsbehörden gegenüber der autonomen Verwaltung[23a]), sondern auch den untergeordneten Staatsbehörden gegenüber, weil die Parteien ein Recht auf Einhaltung des gesetzlichen Instanzenzuges haben. Im Falle der Cassation von Aufsichtswegen hat daher die Aufsichtsbehörde die Sache vorerst zur Entscheidung im Instanzenzuge an die unterste Behörde abzugeben.

Damit wäre die Lehre von den Nichtigkeiten, soweit sie in Beziehung zur Rechtsprechung steht, erledigt.

Allein, wie bereits des öfteren erwähnt, besitzen wir in Österreich nur eine controlirende Tätigkeit der Verwaltungsgerichtshöfe, während die ganze Meritalrechtsprechung dem Instanzenzug der Verwaltungsbehörden überlassen ist, so dass Verwaltung und Rechtsprechung bei denselben Behörden vereinigt sind. Bei der Intensität, mit welcher sich diese beiden Funktionsformen durchsetzen, ist es unumgänglich, den

[23a]) Wie Mayrhofer I, S. 699 anzunehmen scheint.

Einfluss der Nichtigkeitsgründe auf reine Verwaltungsakte und schliesslich auf die Combination von Rechtsprechung und Verwaltung zu betrachten.

Verwaltungsakte können aus denselben Gründen nichtig sein, wie Entscheidungen: wegen sachlicher Unzuständigkeit, wesentlicher Mängel des Verfarens[24]) und wegen Rechtswidrigkeit des Aktes selbst. Es ist klar, dass alle Beschränkungen, welche der fortgesetzten Geltendmachung des öffentlichen Interesses auf dem Gebiete der Rechtsprechung im Wege stehen, hier hinwegfallen.

Keiner Erörterung bedarf diess hinsichtlich der beiden ersten Kategorieen der Nichtigkeitsgründe. Was jedoch die dritte Kategorie betrifft, so ist vorerst ins Auge zu fassen, dass darunter folgende Fälle begriffen sind:

1) die Handlung oder Unterlassung der Behörde ist vom Gesetze verboten beziehungsweise geboten;
2) der Befel oder das Verbot richtet sich auf eine verbotene beziehungsweise gebotene Handlung Dritter;
3) es wird eine Leistung auferlegt, welche durch keine Rechtsnorm begründet ist;
4) es wird ein Recht gewährt, welches mit dem Rechte Dritter oder mit dem der Gesammtheit im Widerspruch steht.

Die in einem Verwaltungsakt zum Ausdruck gelangende Willenserklärung kann nun nur insoferne rechtliche Wirkungen nach sich ziehen, als die Rechtsordnung dieselben an die Äusserungen dieses Willens knüpft. Die Entscheidung enthält keine Willenserklärung, sondern den Ausspruch darüber, was Rechtens ist; die übrigen Verwaltungsakte bezwecken dagegen neue Rechtsverhältnisse zu begründen; es ist daher klar, dass der Erfolg derselben davon abhängig ist, dass sowol die Form der Erklärung als der Zweck derselben gegen Rechtsnormen nicht verstosse. Soferne den Parteien über ihre subjektiven Interessen ein Dispositionsrecht eingeräumt ist, kann allerdings auch hier von formeller Rechtskraft und Unanfechtbarkeit die Rede sein und Verwaltungsakte, welche derartige Rechte Dritter verletzen, werden durch Versäumung oder fruchtlose Anrufung des Instanzenzuges den Parteien gegenüber vollstreckbar und unanfechtbar. Soferne aber durch den nichtigen Vorgang öffentliche Interessen tangirt sind, kann von einer Präklusion dieser letzteren nie die Rede sein. Es steht daher

---

[24]) Beispiele einer Cassation wegen mangelhaften Verfarens (Tatbestandserhebung) bei Erlassung einer allgemeinen Verordnung bieten V. G. H. 1126 und Nr. 174 der nach § 6 gef. Erk. dess.

der Verwaltung stets frei, in eine Prüfung der Frage einzugehen, ob Verwaltungsakte nichtig seien und im Falle Nichtigkeitsgründe constatirbar sind, den Akt zu cassiren. Diese Cassation kann hier somit nicht nur wegen sachlicher Unzuständigkeit und wesentlicher Mängel des Verfarens erfolgen, sondern auch wegen materiell-rechtlicher Gesetzwidrigkeit des Verwaltungsaktes.[25])

Auch das Oberaufsichtsrecht der höheren Verwaltungsbehörden muss hier ein viel intensiveres sein, als bei der Rechtsprechung. Soferne ein Eingehen in die Meritalfrage überhaupt zulässig ist — und ausgeschlossen ist diess nur gegenüber der autonomen Verwaltung — ist hiebei weder die Einhaltung eines Instanzenzuges erforderlich noch ist auch von einer Präklusion des öffentlichen Interesses die Rede, wenn die Ausübung des Aufsichtsrechtes schon einmal abgelehnt wurde. Verspätete Rekurse sind der Aufsichtsbehörde vorzulegen[26]), desgleichen solche, deren Einbringung aus anderen Gründen, z. B. wegen mangelnder Aktivlegitimation unzulässig ist. Denn derlei Recurse sind nichts Anderes, als die Anrufung des Aufsichtsrechtes, welche Jedermann gestattet ist. Allerdings hat keine Partei ein Recht, auf eine bestimmte Erledigung eines solchen Recurses zu dringen, weil das Oberaufsichtsrecht seinem ganzen Wesen nach blos dazu bestimmt ist, öffentliche Interessen zur Geltung zu bringen.[27]) Folgerichtig kann umgekehrt in der günstigen Erledigung eines solchen Recurses eine Rechtsverletzung nicht gelegen sein.[28]) Auch der Umstand ist irrelevant, ob Dritte[29]) aus dem Verwaltungsakt „Rechte" erworben hatten: durch einen nichtigen Akt erwirbt man ebensowenig „Rechte", wie durch ein nichtiges Rechtsgeschäft.

---

[25]) Es gilt hier das in Note 22 Gesagte.

[26]) So ist die bei Mh. I, S. 698 aufgeworfene Frage zu lösen. Wo immer eine Partei das Aufsichtsrecht der Oberbehörde anruft, muss der Recurs vorgelegt werden. Die Beurteilung der Zulässigkeit desselben kann der ersten Instanz nicht überlassen bleiben, weil damit implicite schon über die Anwendung des Aufsichtsrechtes entschieden ist. Unzulässige Recurse gegen Akte der rechtsprechenden Gewalt sind jedoch m. E. a limine zurückzuweisen.

[27]) V. G. H. 115, 394, 1178, 1357, Nr. 93 der nach § 6 gef. Erk. dess.

[28]) Die Partei, welche das Oberaufsichtsrecht anruft, ist daher nicht rechtlicher Interessent. Daraus folgt der höchst wichtige und in der Praxis nicht genügend beachtete Satz, dass solche Parteien zwar die Aufsichtsbehörden anrufen können, zur Beschwerde an den V. G. H. aber nicht legitimirt sind.

[29]) Unter dem „Dritten" ist hier Jeder verstanden, der der Aufsichtsbehörde (primus) und der verfügenden Behörde (secundus) gegenüber steht und aus dem Verwaltungsakt Rechte erwarb, also z. B. der Inhaber der

Die Cassation eines nichtigen Verwaltungsaktes ist aber nicht nur den Oberaufsichtsbehörden gestattet; auch die Behörde, von welcher der Akt ausging, kann die Cassation vornemen[30]); es gibt wenigstens im österreichischen Recht keine gesetzliche Bestimmung, welche dagegen spräche. Diess gilt auch für den Fall, dass Dritte durch den Akt (scheinbar) Rechte erworben haben. (Vgl. oben Note 22 und 25.)

Es bedarf spezieller gesetzlicher Bestimmungen, um die Geltung dieser Sätze in einzelnen Fällen auszuschliessen oder zu begrenzen. Letzteres kommt nicht selten vor, indem manche Gesetze das Cassationsrecht der Verwaltung auf einen gewissen Termin beschränken.

Diess ist z. B. der Fall bei gesetzwidrigen Militärbefreiungen (E. d. L. V. M. v. 21. Juli 1872, Mh. III, S. 733), bei Verleihung eines Dienstpostens unter Übergehung eines anspruchsberechtigten Unteroffiziers (Ges. v. 19. April 1872, No. 60, §. 16), in welchen Fällen die Cassation innerhalb eines Jahres erfolgen muss; ferner bei gesetzwidrig zu gering bemessenen Steuern oder Gebühren, indem die nachträgliche Bemessung oder Erhöhung binnen zwei bezw. drei Jahren zu erfolgen hat (Ges. v. 18. März 1878, No. 31).

Der Satz, dass jeder Verwaltungsakt beim Vorliegen von Nichtigkeitsgründen cassirt werden kann, bestimmt aber nicht blos die Rechte der Gesammtheit gegenüber den durch einen Verwaltungsakt geschaffenen subjektiven Interessen, sondern er fixirt auch die Grenze dieser Rechte. Die Verwaltung hat allezeit das Recht, einen nichtigen Verwaltungsakt zu cassiren; sie hat aber auch nur das Recht, einen nichtigen Verwaltungsakt zu cassiren. In dieser Form zum Ausdruck gebracht, enthält dieser Grundsatz einen der wichtigsten Fixpunkte zur Bestimmung

---

Gewerbeconcession. — Fall der Nichtigerklärung einer Gewerbeconcession durch die Aufsichtsbehörde: V. G. H. 2184. — Das Recht der höheren Gewerbsbehörde zur Cassation ist ausdrücklich in § 146, al. 2, Gew. Odg. anerkannt.

Ein Curiosum bietet die E. d. M. d. I. v. 4. Aug. 1883 (Z. f. V., 1883, S. 179). Das Ministerium cassirte die von Amtswegen von der Statthalterei verfügte Cassation einer Gastgewerbeconcession, weil, wenn auch die Tätigkeit, zu welcher die Concession ermächtigte, eine strafbare Handlung bilden sollte, das Erkenntnis darüber blos dem Strafgerichte zustehe; die Concession wurde daher wieder in Kraft gesetzt! Richtig wäre zu argumentiren gewesen: der Schluss der Statthalterei, dass der Betrieb eines Gastgewerbes durch eine Genossenschaft eine strafbare Handlung sei, war falsch, folglich hat die Concession aufrecht zu bleiben.

[30]) Ausdrücklich ist diess ausgesprochen in § 57, al. 1, Gew. Odg. Auf einem anderen Gebiete (Zurückname einer Concession zur Führung einer Hausapotheke) anerkennt diess die E. des M. d. I. v. 9. Juli 1884 (Geller, C. B. f. V. P. I, S. 142).

der so zweifelhaften Grenze zwischen den Interessen des Einzelnen und den Interessen der Gesammtheit.

Denn es folgt daraus, dass überall, wo eine Nichtigkeit nicht nachweisbar ist, Verwaltungsakte, aus welchen Parteien Rechte erwachsen sind, nicht cassirt oder zurückgenommen werden dürfen. Mit anderen Worten: Aus Gründen, deren Würdigung im diskretionären Ermessen der Behörde liegt, dürfen Rechte, welche durch einen Verwaltungsakt geschaffen wurden, nicht mehr entzogen werden.

Das Wesen des diskretionären Ermessens besteht ja eben darin, dass die Rechtsordnung die Prüfung tatsächlicher Prämissen der Einsicht eines Verwaltungsorganes überlässt und von vorneherein jede Rechtscontrole dieses internen Vorganges ablehnt. Insoferne nun Parteien aus einem Verwaltungsakt keine subjektiven Rechte erwarben, ist es selbstverständlich, dass die Aufsichtsbehörden in die Verwaltung der ihnen untergebenen Instanzen nach Bedarf eingreifen können und dass auch die Behörde, von welcher der Akt ausging, denselben wegen geänderter Ansicht wieder abändern dürfe.[31]) Andernfalls aber hat weder die in erster Instanz einschreitende noch auch die Aufsichtsbehörde das Recht die öffentlichen Interessen gegenüber den Partei-Interessen nachträglich zur Geltung zu bringen.[32])

Diese Sätze haben allerdings nur den Charakter allgemeiner Rechts-Grundsätze, die durch eine lex specialis derogirt werden können. Es kann z. B. der Widerruf eines constitutiven Aktes im Gesetze unbeschränkt dem behördlichen Ermessen anheim gegeben werden, wie diess in § 19 c des Privilegiengesetzes der Fall ist[33]), oder es kann

---

[31]) In § 88 bad. Vollz. ausdrücklich ausgesprochen.

[32]) Diess ist auch die Praxis des V. G. H. Vgl. V. G. H. 380 u. 2237; 1750; 2316, 1738 u. E. d. M. d. I. v. 9. Febr. 1879 (Z. f. V., 1880, S. 101). Ein Bauconsens, der lediglich unzweckmässigerweise erteilt wurde, kann daher nicht revocirt werden; gewiss kann diess aber dann geschehen, wenn durch ein Disciplinarerkenntnis nachgewiesen ist, dass der den Consens erteilende Beamte pflichtwidrig vorging. Ein ähnlicher Fall kam vor einigen Jahren in Wien vor; die Rechtswirksamkeit des erschlichenen Bauconsenses wurde in Frage gestellt; allein da hier nur das consultativ vorbereitende Magistratsorgan bestochen, der Bauconsens selbst aber vom Bürgermeister erteilt wurde, so wäre m. E. die Annullirung des Consenses unzulässig gewesen.

[33]) Es wird daselbst den Behörden das Recht eingeräumt, Privilegien (Patente) zu annulliren, wenn dieselben „mit den öffentlichen Interessen in Widerspruch treten". Diese Formulirung ist identisch mit dem Recht, nach diskretionärem Ermessen vorzugehen. Ähnlich stellt § 2 des bad. Wass. Ges. die Zurückname von Concessionen zur Benützung schiff- und flossbarer Flüsse

der Behörde freigestellt werden, sich den Widerruf vorzubehalten.[34]) Wenn diess aber im Gesetze nicht ausdrücklich geschieht, ist weder der Widerruf noch der Vorbehalt des Widerrufs zulässig.[35]) „Aus Gründen des öffentlichen Interesses", wie man sich gewöhnlich und zwar ziemlich ungenau[36]) auszudrücken pflegt, können daher subjektive Rechte, welche durch einfachen Verwaltungsakt begründet wurden, nicht wieder entzogen werden.[37])

---

ins Ermessen der Verwaltungsbehörden. Dasselbe normirt § 15 der mähr. Bauordnung vom 20. Dezbr. 1869 hinsichtlich der Bauconsense.

[34]) So gestattet § 18 Wass. Ges. (P.) die Erteilung von Wasserbenützungsconcessionen gegen Widerruf. Vgl. dazu Peyrer, W. R. S. 243.

[35]) A. A. F. F. Mayer a. a. O. S. 137. Es bedarf also nicht einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, um die Zulässigkeit des behördlichen Vorbehalts des Widerrufs auszuschliessen. Indess kann eine derartige Vorsicht des Gesetzgebers, wie sie z. B. in § 40 der D. R. G. O. beliebt wurde, nicht schaden. Peyrer hält den Widerruf auch ohne geschehenen Vorbehalt stets für zulässig (a. a. O. S. 246), verwechselt aber dabei das Widerrufsrecht mit dem Staatsnotrecht.

[36]) Die Ungenauigkeit dieser Ausdrucksweise liegt darin, dass sie zwei ganz verschiedene Fälle umfasst. Sinnesänderung der Verwaltung über die durch die öffentlichen Interessen gebotenen Massregeln und Änderung des tatsächlichen Zustandes. Indem ich mir vorbehalte, über die bei verändertem Tatbestande geltenden Grundsätze im letzten Paragraph dieser Schrift zu handeln, betone ich an dieser Stelle nur, dass hier überall ein Unverändertbleiben des Tatbestandes vorausgesetzt wird.

[37]) Es ist diess eine oft besprochene und nie befriedigend gelöste Frage, der man wol kaum scharf zu Leibe gehen kann, wenn man nicht auf der Basis der in Note 36 angedeuteten Unterscheidung operirt, worüber in § 17 das Nähere.

Der im Text ausgesprochene Satz ist Mangels eines einheitlichen Princips in der Praxis nicht ohne Widerspruch geblieben, was indess auch, wie mir vorkommt, mit politischen Verhältnissen zu erklären ist. Ebenso auffallend als interessant sind in dieser Richtung die zwei Entscheidungen des württembergischen Geheimrates vom Juni 1832 und Februar 1853, welche F. F. Mayer S. 143 abdruckt. Es heisst in dem ersteren Judikate (man beachte das Datum!): „Sei einmal eine Stelle als zuständig zur Erteilung bestimmter Befugnisse öffentlich bezeichnet, so sei der Staatsbürger zu der Erwartung berechtigt, dass er durch Verwilligung dieser Stelle ein vollkommenes Recht erlange, sofern dadurch kein anderweitiges Recht verletzt und dasjenige beobachtet werde, was als gesetzliche Norm auch ihm selbst bekannt sein könne. Auf diese Punkte habe die höhere Behörde ihr Urteil über den Rechtsbestand der erteilten Concession zu beschränken, und wie offenbar auch dieselbe aus einer mangelhaften polizeilichen Beurteilung hervorgegangen wäre, so könnte hiedurch nur eine Rüge gegen die erteilende Behörde, nicht aber die Zurückname der Concession begründet sein. Diese Grundsätze seien durch die Rechtsachtung, die der Bürger des constituirten Staates ansprechen dürfe, auch ohne besondere gesetzliche

Nunmehr wäre zum Schlusse noch der Einfluss der Nichtigkeitsgründe auf die Cassirbarkeit von solchen Verwaltungsakten zu behan-

---

Sanction geboten. . . . ." Diese Anschauung hat dieselbe Behörde in der zweiten der oben erwähnten Entscheidungen fallen gelassen und die Entziehung einer Concession nach freiem Ermessen als zulässig erklärt, weil „die Erteilung der Concession im freien Ermessen liege und die Interessen aller übrigen Beteiligten vor dem Interesse eines Einzelnen den Vorzug verdienen". Nebenbei bemerkt; der Schluss: „weil die Erteilung der Concession im Ermessen der Behörde lag, muss auch die Entziehung derselben im Ermessen der Behörde liegen", eine Argumentation, die merkwürdigerweise noch neuestens vom Regierungsvertreter anlässlich der E. des österr. R. G. v. 18. April 1884 (N. fr. Pr. v. 18. Apr. 1884) angewendet wurde, — dieser Schluss, sage ich, ist offenbar unlogisch; was würde der erwähnte Regierungsvertreter beispielsweise dazu sagen, wenn der Minister ihm seine Stelle als Ministerialrat entziehen würde, weil es im Ermessen des Ministers lag, ihn zum Ministerialrat zu ernennen? Mit demselben Rechte könnte der Geschenkgeber das Geschenk revociren, weil es ihm freigestanden hatte, es zu machen.

Ein ähnlicher Widerspruch findet sich in der Judikatur des bayrischen Ministeriums (F. F. Mayer, S. 144, Note 1).

Hinsichtlich des österreichischen Rechts ist folgendes zu bemerken.

Für die Entziehung der Gewerbsrechte (vgl. Geller, C. Bl. f. V. P. I, S. 245) folgt der im Text aufgestellte Satz aus § 57 G. O. Denn nur der „Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses des selbständigen Gewerbebetriebes", also das Fehlen einer jener Eigenschaften, die im 2. Hauptstücke der G. O. als Erfordernisse des Consenses aufgezählt sind, berechtigt zur Gewerbsentziehung, also z. B. der Mangel der Unbescholtenheit, der Eigenberechtigung, das Vorliegen der in § 18, al. 2, G. O. angeführten Umstände, der Umstand, dass Jemand bereits eine Concession zum Ausschank geistiger Getränke im selben Orte besitzt (§ 19 G. O.; E. d. M. d. I. v. 11. April 1885, Z. f. V. S. 123) u. s. w.; nicht aber der Mangel der Verlässlichkeit (§ 18, al. 1, c. l.), der Mangel der Befähigung, wenn ein Befähigungsnachweis erforderlich war (V. G. H. 2237; E. d. M. d. I. v. 14. Sept. 1884 [Geller, C. Bl. f. V. P. I, S. 73]), der Mangel des Lokalbedarfs (V. G. H. 380, 634, 1738; E. d. M. d. I. v. 9. Febr. 1879; Z. f. V., 1880, S. 101 u. v. 10. Sept. 1869, Z. f. V., 1869, S. 159; vgl. F. F. Mayer a. a. O. S. 144), oder die Schwierigkeit der polizeilichen Überwachung (E. d. M. d. I. v. 19. Nov. 1876, Z. f. V., 1876, S. 207), oder die „Besorgnis des Missbrauchs" in den in § 5 G. O. angeführten Fällen (vgl. dazu § 3, al. 5, Press Ges. v. 17. Dez. 1862, Nr. 6). Umstände, welche „Mangel an Verlässlichkeit" zeigen, können daher nur zur Basis der in § 138 C. P. O. normirten Strafaktion dienen, was von erheblichem praktischem Belang ist, weil erstens derlei Umstände der Gewerbsverleihung nachfolgen müssen, um berücksichtigt werden zu können (ausdrücklich anerkennt diess die E. d. M. d. I. v. 5. Juli 1884; Geller, C. Bl. f. V. P, I, S. 142); zweitens, weil wiederholte schriftliche Warnungen die Voraussetzung der strafweisen Entziehung sind.

Wegen unrichtiger Tatbestandsprämisse und der dadurch bedingten Nichtigkeit wurde eine Concession zur Haltung einer Hausapotheke zurückgenommen in der E. d. M. d. I. v. 9. Juli 1884 (C. Bl. f. V. P. I, S. 142).

deln, welche auf Grund einer Entscheidung ergehen oder im Entscheidungswege geprüft wurden.

---

Hinsichtlich der Entziehung des den Erwerbsgesellschaften erteilten Corporationsrechtes gelten nach § 24 k des kais. Pat. v. 26. Nov. 1852 dieselben Normen, wie hinsichtlich der Gewerbsentziehung bei Einzelnen.

Die österreichischen Wassergesetze sind in diesem Punkte lückenhaft. Dass Peyrer a. a. O. S. 246 irrigerweise das Staatsnotrecht hereinzieht, ist bereits in Note 35 erwähnt. Der Unterschied ist aber evident; denn hier ist blos von der Berücksichtigung von Umständen die Rede, welche schon vor der Verleihung vorhanden waren. Wenn es übrigens in § 18 W. G. (P.) heisst: „die Bewilligung kann auch nur gegen Widerruf erteilt werden“, so ist doch gewiss hier ein arg. a contrario sehr am Platze. Auch § 21 c. l. trifft den hier besprochenen Fall nicht; denn dort wird von widerstreitenden Parteiinteressen gehandelt. Für alle übrigen Partieen des Verwaltungsrechtes fehlen gesetzliche Bestimmungen gleichfalls. Einige Fälle aus der Praxis werden daher erwünscht sein.

Die Zulässigkeit des Widerrufs eines gesetzwidrigen Gebäude-Benützungsconsenses Seitens der erteilenden Behörde sanktionirt V. G. H. 396. Die Unzulässigkeit des Widerrufes eines Bauconsenses aus anderen Gründen als wegen Gesetzwidrigkeit ist ausgesprochen in V. G. H. 2377.

Hinsichtlich der Verfügungen der Jagdausschüsse in Böhmen vgl. V. G. H. 108: „Bezirks- und Landesausschuss können Akte des Jagdausschusses (nur) insoferne ausser Kraft setzen, als dieselben gegen eine ausdrückliche Bestimmung des Jagdgesetzes v. 1. Juni 1866 verstossen.“ Ebenso V. G. H. 1750. Nach letzterem Gesetze ist der Widerruf der Ermächtigung zu jagen (Entziehung der Jagdkarte) nur zulässig, wenn einer der gesetzlichen Ausschliessungsgründe nachträglich bekannt wird (§ 30 l. c.).

Über den Widerruf von Ehedispensen vgl. den in der Z. f. V., 1869, S. 147, mitgeteilten Rechtsfall. Ein Statthalter hatte die Dispens zur Ehe zwischen Schwiegertochter und Schwiegersohn erteilt, widerrief aber denselben später „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit“. Das M. d. I. annullirte den Widerruf mit Recht. Wäre das Ehehindernis ein indispensables gewesen, so stünde die Sache natürlich anders.

In der E. d. Ackb. M. v. 18. Febr. 1874 (Z. f. V., 1879, S. 143) wurde dagegen die von Aufsichtswegen verfügte Annullirung einer competentenorts erteilten Waldrodungsbewilligung gebilligt, wiewol sich die Rücknahme blos auf „öffentliche Rücksichten“ (richtiger die veränderte Ansicht der Verwaltungsbehörden über das, was die öffentlichen Rücksichten erheischten) stützte. Dieses Judikat steht daher mit der im Text ausgesprochenen Ansicht im Widerspruche. V. G. H. 325 erklärt die Entziehung einer Stiftung aus öffentlichen Rücksichten für unzulässig. V. G. H. 1293 lehnt die Prüfung darüber ab, ob die Genehmigung eines Stiftbriefes Seitens der politischen Behörde aus einem Irrtum erfolgte, denn „wenn auch die Auffassung des Guberniums eine irrige gewesen wäre, so steht doch fest, dass die Stiftung formell gesetzmässig unter der Autorität der Behörde zu Stande kam . .“

Auch die Frage, ob die Verleihung der Staatsangehörigkeit zurückgenommen werden darf, lässt sich nur in der im Text angedeuteten Weise lösen, vgl. darüber Sarwey, Das öff. R. S. 461 (wo meritale und präjudizielle Judi-

Die Verordnung kann in zweierlei Weise Gegenstand der Rechtsprechung werden: entweder wird über die Gesetzmässigkeit und Er-

katswirkungen durcheinander geworfen werden); G. Meyer a. a. O. S. 137. Dieselbe Frage entsteht bei der Entlassung aus dem Staatsverband, wo sie im Hinblick auf die Militärpflicht praktisch sehr wichtig werden kann. Vgl. Seydel in Hirth's Annalen, 1876, S. 147; G. Meyer a. a. O. S. 141. Auch das einmal verliehene Ehrenbürgerrecht kann aus öffentlichen Interessen nicht mehr entzogen werden. E. d. M. d. I. v. 2. Juli 1871 (Z. f. V., 1871, S. 134). Die häufig prakticirte Cassation von zu Walzwecken erfolgten Massen-Ehrenbürgerrechtsverleihungen durch die Aufsichtsbehörden ist ein Notbehelf, der sich gesetzlich nicht rechtfertigen lässt, weil das Ermessen der Gemeinden in derlei Sachen unbeschränkt ist.

Sehr wichtig wird die Frage im Beamtenrecht. Die Praxis schwankt auch hier. R. G. 178 findet, dass die wenngleich gesetzwidrige Zuweisung einer Quinquennalzulage ein unentziehbares Recht gewähre („— selbstverständlich“, heisst es in den Motiven der E. bei Hye V, S. 859 [nebenbei bemerkt, ist das R. G. häufig in der glücklichen Lage, gerade die zweifelhaftesten Sätze „selbstverständlich“ und „selbstredend“ zu finden]). R. G. 150 erklärt jedoch eine gesetzwidrigerweise erfolgte Einreihung eines Beamten in eine höhere als die gebührende Rangsklasse, weil „auf einem Versehen oder Irrtum beruhend“, für wirkungslos, die Abforderung des Verleihungsdokumentes und Rückversetzung in die gebührende Rangsklasse sei „gesetzlich (?) gerechtfertigt“. Vgl. auch R. G. 104 und 157; im letzteren Falle ging das R. G. in die Erörterung der Zulässigkeit des Widerrufes der Anstellung wegen eingetretener Rechtskraft des Anstellungsdekretes nicht ein, indem es sich merkwürdigerweise gerade in diesem Falle im Gegensatz zu der von ihm sonst constant festgehaltenen Praxis (vgl. oben § 11, Note 19) für incompetent erklärte. Allein, liegt nicht jedem rechtswidrigen Vorgang — bona fides vorausgesetzt — ein Irrtum über den Bestand oder die Tragweite einer Rechtsnorm zu Grunde? In diesem Sinne ist jeder gesetzwidrige Vorgang eine „Irrung“, wie sich das sächsische Gesetz v. 28. Jänn. 1835 oder § 77 des österr. Geb. Gesetzes in der Tat ausdrücken. Man müsste freilich ziemlich weit ausholen, um eine erschöpfende Theorie des Irrtums in seinen Beziehungen zur Verwaltung speziell zur Verfügungsgewalt zu geben. Nur soviel mag hier erwähnt werden, dass die Grundsätze des Civilrechtes über Irrtum und Rechtsgeschäft durchaus nicht analog im Verwaltungsrecht zur Anwendung kommen dürfen. Auf die subjektiven Meinungen und Irrtümer des verleihenden Beamten kommt es gewiss nicht an, wie diess in V. G. H. 1293 sehr richtig betont wird. Irrtümer können zwar hier natürlich ebenso vorkommen, wie bei Ausfertigung der gerichtlichen Urteile Schreibfehler, offenbare Rechnungsverstösse u. s. w. Wenn aber die Partei aus den Umständen nicht entnemen kann, ob ein Irrtum vorliegt oder nicht, lässt sich mit der Fiktion eines solchen nicht operiren. Bei Gewährung einer Quinquennalzulage ist es z. B. selbstverständlich, dass dieselbe nicht für vier Dienstjahre erteilt werden kann und darf; gerade im Falle R. G. 178 wäre daher der Gesichtspunkt des Irrtums eher am Platze gewesen als bei Nr. 150. Bei R. G. 150 bedurfte es der Heranziehung desselben schon desshalb nicht, weil die Verfügung an sich gesetzwidrig, daher nichtig und

spriesslichkeit derselben unter Zuziehung der Parteien ein eigenes Verfaren durchgeführt und die Verordnung ergeht dann auf Grund und wol auch zugleich mit der Entscheidung; oder es wird nach Erlassung der Verordnung die Gesetzmässigkeit derselben vom Verwaltungsgerichte geprüft.

Vom ersteren Falle können wir füglich absehen, weil derselbe derzeit meines Wissens im österreichischen Recht nicht vorkommt.

Was den letzteren Fall betrifft, so ist zunächst zu bemerken, dass Cassation und Nichtigerklärung verschieden sind. Die letztere kann

---

cassirbar war. Freilich steht die hier vertretene Meinung mit der Sentenz, die bei Nr. 178 ausgesprochen ist, direkt im Widerspruch. Verleihungen, die nur durch das diskretionäre Ermessen regulirt sind, können, wenn sie nicht gesetzwidrig sind, nicht wieder revocirt werden. Die Verleihung der X. Rangsklasse im Falle R. G. 150 war daher cassirbar, weil sie mit der Ernennung zum Veterinär im Widerspruch stand; die Verleihung eines höheren Dienstpostens dagegen wäre nicht widerruflich gewesen. Ein näheres Eingehen in diesen interessanten wissenschaftlichen Urwald ist leider zu weit von den Zielen der vorliegenden Arbeit entfernt.

Auch für Steuer- und Gebührenwesen gelten dieselben Grundsätze. Gesetzwidrigerweise zu gering bemessene Gebühren oder Steuern können nachträglich erhöht werden (vgl. oben § 11, Note 26 u. Seite 285.)

Die Literatur hat die vorliegende Frage dürftig genug und regelmässig ohne systematischen Gesichtspunkt behandelt, also nur untersucht, ob und wann Gewerbs-, Wasserrechte u. s. w. entzogen werden können, während gerade in solchen Fragen der hohe Wert des Systems sich in der einheitlichen Construirung allgemeiner Grundsätze zeigt; denn alle Detailarbeit bleibt hier ohne „allgemeinen Teil“ nur Stückarbeit.

So zieht F. F. Mayer die Gewerbsrechte allein hervor, freilich unter dem von vornherein verfehlten privatrechtlichen Gesichtspunkt. Er wirft überdiess Nichtigkeit mit causa superveniens und Entziehung zur Strafe bunt durcheinander; seine Kriterien der Rücknamsfreiheit sind ganz vag und unbestimmt (vgl. a. a. O. S. 142, 143, 145, 153).

Georg Meyer (a. a. O. I. S. 78) hilft uns wenig, wenn er meint, Concessionen „zu einem persönlichen Handeln“ können nur „aus bestimmten gesetzlichen Gründen“ entzogen werden (den Widerrufsvorbehalt ausgenommen); denn in fast gar keinem Verwaltungsgesetze findet sich darüber etwas,. es sei denn auf dem gewerbsrechtlichen Gebiete. Für gewerbliche Betriebsanlagen fordert M. die Bedingungen der Enteignung. G. Meyer beschränkt sich zwar nicht, wie F. Mayer, auf die Gewerbsrechte, wol aber auf „polizeiliche Concessionen“; wo bleibt die Behandlung der Frage im Beamtenrecht, im Gebührenwesen, bei Ehedispensen u. s. w.?

E. Löning (a. a. O. S. 143) leugnet, dass es für dieses Gebiet allgemeine Regeln gebe.

Hinsichtlich der Wasserrechte siehe Peyrer a. a. O. S. 176, 246, 570 u. F. F. Mayer S. 252. Die Analogie, die Peyrer mit § 57 Gew. Odg. findet, ist unpassend, denn im Wasserrecht handelt es sich nicht um persönliche Eigenschaften des Berechtigten, wie im Gewerbsrecht.

nur von der verordnenden Behörde selbst oder der Aufsichtsinstanz verfügt werden, erstere kann auch vom Gericht und Verwaltungsgericht ausgesprochen werden, bereitet aber der formellen Wirksamkeit der Verordnung kein Ende. Von den Conflikten welche hiedurch zwischen Gericht beziehungsweise Verwaltungsgericht und verordnender Behörde entstehen müssen, sei hier abgesehen. Es ist diess ein Gebiet, auf welchen die realistischere Ausbildung des Verwaltungsrechtes die etwas träumerischen und idealistisch angehauchten Halbheiten unserer Verfassung erst ergänzen muss.[38]) Von einer res judicata über die Giltigkeit der Verordnung kann dabei nicht ernstlich die Rede sein, weil die Frage der Giltigkeit vor diesen Instanzen nur als Präjudizialfrage in Betracht kommt, deren meritale Beantwortung ausser die Competenz derselben fällt. Denn die Verordnung ist, solange ihre formelle Existenz dauert, abstrakte Rechtsnorm, welche zwar der Entscheidung zu Grunde gelegt oder nicht zu Grunde gelegt werden, über deren Rechtsbestand aber das gerichtliche oder verwaltungsgerichtliche Urteil ebensowenig merital entscheiden kann, wie hinsichtlich der Giltigkeit oder der Bedeutung einer anderen abstrakten Rechtsnorm.[39]) Hingegen könnte res

[38]) Offenbar entsteht die Hauptschwierigkeit erst da, wo die Normen der Verfassungen und auch die staatsrechtliche Literatur, welche diese Frage ja zum Überdruss breitgetreten hat, aufhören, nämlich nach vorgenommener Prüfung und Nichtigerklärung der Verordnung. Der Zustand, dass zwei staatliche, im Namen des Staatsoberhauptes handelnde Behörden verschiedene abstrakte Rechtsnormen anerkennen und dass das Ministerium die Verordnung aufrecht erhalten, die unteren Instanzen zur Befolgung derselben verhalten könne, während die Gerichte in einzelnen Fällen, die zu ihrer Cognitur gelangen, die Giltigkeit der Verordnung negiren, ist geradezu unerträglich und bisher nur darum haltbar gewesen, weil Fälle dieser Art so selten vorkommen. Entweder es muss den Gerichten eine Art Controle über die Verwaltung zustehen mit bindender Wirkung auf dieselbe oder es muss in jedem solchen Confliktsfall eine besondere Instanz zusammentreten, die allenfalls nach Art der Competenzconfliktsenate zu organisiren wäre und über die Giltigkeit der Verordnung in einer für alle Teile bindenden Weise zu entscheiden hätte.

[39]) Ich kann übrigens nicht in Abrede stellen, dass sich möglicherweise die Pflicht der Verwaltung, eine vom V. G. H. als gesetzwidrig erklärte Verordnung zu beheben, aus § 7 des österr. Gesetzes deduciren liesse. Es kommt ganz darauf an, was man unter der „Sache“, von welcher diese Gesetzesstelle spricht, versteht. Meines Wissens hat jedoch die Praxis diese Consequenz nicht gezogen; ich glaube mit Recht, denn unter den „weiteren Verfügungen“, von denen das Gesetz spricht, kann wol nur die Entscheidung oder anderweitige Ordnung des konkreten Tatbestandes gemeint sein, nicht die Erlassung abstrakter Normen.

Anders liegt freilich die Sache bei der im Texte sogleich folgenden Frage.

judicata hinsichtlich der Giltigkeit einer Verordnung in Frage kommen, wenn eine staatliche Aufsichtsbehörde die Giltigkeit der Verordnungen untergeordneter staatlicher Behörden geprüft und bejaht hätte. Von einer res judicata kann hier schon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil die Handhabung des Aufsichtsrechtes der untergeordneten Behörde gegenüber nicht Rechtsprechung ist und die in einem conkreten Falle unterlassene Ausübung desselben für künftige Fälle nicht präjudizirt. Ausserdem liegt in einer derartigen Cassation (oder in der Ablehnung der Cassation) nicht eine Entscheidung über ein Rechtsverhältnis, weil zwischen der untergeordneten Staats- und der Aufsichtsbehörde kein Rechtsverhältnis besteht.

Anders aber liegt die Sache dort, wo die verordnende Behörde kein Staatsorgan ist, sondern eine Interessengemeinschaft innerhalb des Staatsganzen vertritt. Denn in dieser Funktion werden die autonomen Organe als Vertreter dieser Gemeinschaft selbst zu rechtlichen Interessenten, über deren Rechte abgesprochen wird, wenn die Giltigkeit der von ihnen erlassenen Verordnungen festgestellt oder negirt wird. Durch die Handhabung des Aufsichtsrechts Seitens der Staatsverwaltung wird in diese Rechte eingegriffen, von der Aufsichtsbehörde und vom Verwaltungsgerichtshofe wird darüber nicht blos präjudiziell, sondern merital entschieden. Es frägt sich daher nach den Rechtswirkungen dieser Entscheidung. Ich glaube, dass hier materielle Rechtskraft nur den Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zugeschrieben werden kann. Allerdings können die Aufsichtsbehörden die Nichtigkeit einer Verordnung aussprechen und dieselbe cassiren oder die Cassation ablehnen, aber darin kann, wie oben S. 79 ausgeführt, ein Akt der Rechtsprechung nicht erblickt werden, mag auch die Sentenz über Recurs oder Bitte einer Partei erfolgt und dadurch ein ähnliches Verfaren vor sich gegangen sein, wie es bei der Rechtsprechung geschieht.

Wenn daher eine Aufsichtsbehörde über Recurs einer Partei oder von Amtswegen eine derartige Verordnung als g i l t i g erklärt und die begehrte Cassation ablehnt, so erwirbt daraus die verordnende autonome Instanz kein Recht auf den Fortbestand dieser Verordnung. Bei nächster Gelegenheit kann die Aufsichtsinstanz von anderer Ansicht ausgehen und cassiren. (Vgl. oben S. 284.) Gegen einen Missbrauch dieses Rechts schützt der Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof. Selbstverständlich ist auch der letztere an vorherige Judikate der Aufsichtsbehörden über die Giltigkeit der Verordnung nicht gebunden. Cassirte die Aufsichtsbehörde die Verordnung und wurde diese Sentenz rechtskräftig, so ist die Frage nach der res judicata gegenstandslos.

**Hat aber der Verwaltungsgerichtshof über die Giltigkeit der Verordnung entschieden, so ist allerdings die Frage der Rechtskraft sehr aktuell. Zweifellos erscheint mir, dass der autonome Körper, der die Verordnung erliess, durch die materielle Rechtskraft der Entscheidung gebunden wird; aber es ist auch unabweisbar, ihm die Vorteile der res judicata zuzugestehen, weil die Sentenz des Verwaltungsgerichtshofes in solchem Falle ein Rechtsverhältnis zwischen der Aufsichtsinstanz und der autonomen Behörde feststellt, das einer weiteren Anfechtung durchaus nicht ausgesetzt sein darf, wenn man nicht mit dem Prinzip der materiellen Rechtskraft in Widerspruch geraten will.**

Dieser Satz führt zu der wichtigen Consequenz, dass Parteien, welche bei der ersten Verhandlung nicht intervenirten, die res judicata einer derartigen Entscheidung gegen sich gelten lassen müssen. Wenn daher z. B. über Recurs eines Bierproducenten gegen eine städtische Bierauflage der Verwaltungsgerichtshof die Gesetzmässigkeit der Verordnung ausgesprochen hätte, so werden vermöge der absoluten Kraft dieser Entscheidung gegenüber faktischen Interessenten alle anderen Producenten durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes präjudizirt. Diese Consequenz sieht freilich ungereimt aus; sie ist es aber in der Tat nur dann, wenn einige[40]) Interessenten aus der Zal der in gleicher Lage befindlichen Personen herausgesucht, als rechtliche Interessenten zur Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof legitimirt angesehen und zur Verhandlung beigezogen werden, während alle anderen Träger identischer Interessen ignorirt werden, wie diess merkwürdigerweise constante Praxis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes ist. Unseres Erachtens sind aber entweder alle in gleicher Lage Befindlichen als Parteien zu behandeln oder — da diess aus

[40]) Allenfalls jene, welche das Aufsichtsrecht der höheren Instanzen angerufen haben. Denn dass dadurch keine Parteirechte, folglich auch nicht die Beschwerdelegitimation vor dem V. G. H. entstehen, ist doch wol klar. Nicht Privat- sondern nur öffentliche Interessen hat die Aufsichtsbehörde zu verfolgen, daher hat keine Partei ein Recht, zu verlangen, dass die Aufsichtsbehörde einschreite, sie ist daher gemäss § 1 des öst. Ges. nicht berechtigt, gegen die Ablehnung desselben an den V. G. H. zu rekurriren, der V. G. H. seinerseits hat nicht das Recht noch die Pflicht, in derlei Streitfällen zwischen autonomer Behörde und Aufsichtsinstanz jene Personen, die das Aufsichtsrecht anriefen, als Parteien zu behandeln und dem Verfaren beizuziehen, wie diess in V. G. H. 232, 1126, 1665 und öfter geschah. In No. 174 der nach § 6 gef. Erk. dess. hat der V. G. H. sogar die Aktivlegitimation des „Josef .... und Genossen" zur Beschwerde gegen die Ablehnung der verlangten Cassation einer Viehmarktgebühr in Sterzing anerkannt.

rechtlichen und praktischen Gründen nicht möglich sein wird — gar keiner.[41])

Die hier angeregten Fragen werden in der Praxis ziemlich häufig aktuell, so bei den gemäss § 69 Gewerbeordnung von Gemeinde-Vertretungen erlassenen Marktordnungen, bei sämmtlichen von Gemeinde-, Bezirks-, Landesvertretungen ausgeschriebenen Umlagen, Abgaben und anderweitigen Leistungen, z. B. dem Mautgefälle, wenn die allgemeine Norm nicht in Gesetzesform gekleidet ist[42]), bei Statuten von Gewerbe-

---

[41]) Dadurch, dass in dem Falle, der zu der in der vorigen Note citirten E. des V. G. H. No. 174, geführt hat, einige Interessenten das Staatsaufsichtsrecht anriefen und schliesslich die Beschwerde an den V. G. H. ergriffen, können dieselben offenbar nicht dasselbe (vom V. G. H. angenommene) Recht ihren Genossen (also hier anderen Viehmarktinteressenten) nemen. Wie stünde nun die Sache, wenn nach der Sentenz des V. G. H. andere derartige Interessenten denselben Weg gehen und schliesslich gleichfalls den V. G. H. anrufen würden? Ist diesen neuen Beschwerdeführern gegenüber dann res judicata vorhanden oder nicht? Wenn ja, so sind dieselben ungehört ihrer (supponirten) formalen Rechte beraubt worden; wenn nein, wie verträgt sich die Möglichkeit, dass der V. G. H. die Frage jetzt anders entscheide, mit den durch die frühere Entscheidung erworbenen Rechten der Gemeinde und dem Zweck und der Funktion der Rechtsprechung überhaupt?

M. E. wäre daher in No. 174 Mangels Beschwerdelegitimation die Beschwerde a limine abzuweisen gewesen. Nur zur Beschwerde gegen den auf Grund der Verordnung verfügten conkreten Einhebungsfall der Marktgebühr ist der Einzelne legitimirt, wie diess beispielsweise in den Fällen No. 1126 und 1665 zutraf. Dann wird die Frage der Giltigkeit der Verordnung nur als Präjudizialfrage zur Sprache kommen und sich die Competenz des V. G. H. auf die in § 8 des öst. Gesetzes normirte Prüfung der Giltigkeit beschränken. Res judicata ist dann nur hinsichtlich des einzelnen Hebungsfalls vorhanden. Anders aber, wenn, wie in Nr. 174, die Verordnung selbst angefochten wird; dann ist der Gegenstand der meritalen Entscheidung die Giltigkeit der Verordnung und darauf müsste sich in solchem Falle auch die materielle Rechtskraft erstrecken. Folglich hätte nur die Gemeinde die Aktivlegitimation zur Beschwerde gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde, womit eine derartige Verordnung cassirt wurde; gegen die Ablehnung der Cassation stünde den einzelnen Interessenten zwar der Recurs an die höhere Aufsichtsbehörde (Anrufung des Aufsichtsrechts derselben), nicht aber die Beschwerde an den V. G. H. offen; dagegen macht die Entscheidung des V. G. H. res judicata inter omnes. Wenn es sich dagegen um einen einzelnen Anwendungsfall der Verordnung handelt, so ist der Betroffene zur Beschwerde bis an den V. G. H. legitimirt; die Entscheidung des Letzteren macht dann jedoch hinsichtlich der Giltigkeit der Verordnung nicht res judicata.

[42]) Es ist sehr bezeichnend, dass gerade dieses Gebiet der Verordnungen in der Praxis die wichtigste Rolle spielt. Die staatsrechtliche Theorie hat sich um dasselbe bisher gar nicht gekümmert und stets nur das Verhältnis zwischen Gericht und Ministerialgewalt ins Auge gefasst. Man ver-

oder Wassergenossenschaften, Börsen, sog. Conkurrenzausschüssen, Handels- und Gewerbekammern, Statuten der Gemeinde betreffend die Nutzungsrechte am Gemeindegute, den Propinationsrechten etc.

Hinsichtlich der Marktordnungen sind einige hieher gehörige Streitfälle bei Geller (Neue Gew.-Ordnung S. 30 u. 31) citirt, fernere Beispiele bieten V. G. H. 232, 1354, 1126, 1665, 2070, Nr. 174 der nach § 6 gef. Erk. dess. u. a. m.

In derlei Sachen entsteht auch die Frage, ob die vorherige Genehmigung solcher Verordnungen durch die vorgesetzte Aufsichtsbehörde, welche nicht selten vorgeschrieben ist, res judicata bewirkt? Von materieller Rechtskraft kann hier nicht die Rede sein, weil eine derartige Genehmigung keine Entscheidung, sondern ein einfacher rechtsconstitutiver Akt ist, der m. E. weder die genehmigende Behörde selbst noch deren vorgesetzte Instanz hindert, später trotz der Genehmigung die Verordnung wegen Nichtigkeit (Verstosses gegen eine Rechtsnorm) zu cassiren[43]), der daher umsomehr dem V. G. H. gegenüber ohne jede präjudizirende Kraft ist.

Die materielle Rechtskraft eines die Verordnung cassirenden Erkenntnisses des V. G. H. wird (allerdings nicht übermässig präcise) in Nr. 1665, entgegengehalten zu Nr. 1126, anerkannt. Hier intervenirten jedoch in beiden Fällen die gleichen Parteien, daher die vorhin (Note 41) angeregte Frage hinsichtlich der Präjudizirung nicht geladener in gleicher Situation befindlicher Parteien nicht akut wurde.

Hinsichtlich der beiden anderen Tätigkeitsformen der Verwaltung, der beurkundenden Funktion und der Verfügungsgewalt liegt die Sache einfacher. Auch hier kann entweder über die Nützlichkeit und Gesetzmässigkeit dieser Akte vorher das entsprechende Verfaren durchgeführt und auf Grund desselben mit der Entscheidung darüber unter gleichzeitiger Erlassung der Verfügung oder Ausstellung der Beurkundung vorgegangen werden, oder es kann der Erlassung dieser Verwaltungsakte die Prüfung der Gesetzmässigkeit (durch das Verwaltungsgericht) nachfolgen.

---

gleiche dagegen die zalreichen Judikate des V. G. H., deren Gegenstand solche Verordnungen bildeten, mit den zwei bis drei Fällen, wo der V. G. H. bisher eine Ministerialverordnung zu unwirksam zu erklären in die Lage kam und man wird über die praktische Bedeutung des verwaltungsrechtlichen Systems im Gegensatz zu den staatsrechtlichen Deduktionen der Halbvergangenheit im Klaren sein.

[43]) Es ergibt sich diess aus den von uns für die Handhabung des Aufsichtsrechts gegenüber einfachen Verwaltungsakten entwickelten Grundsätzen von selbst.

Betrachten wir zunächst den ersteren Vorgang, so ist kein Zweifel, dass sich die Frage nach der Zulässigkeit der Rückname einer Verfügung oder Beurkundung nach den für die Rechtsprechung geltenden Grundsätzen richten müsse. Denn der conkrete Verwaltungsakt ergeht in diesen Fällen auf Grund der Entscheidung, folglich teilt er auch das rechtliche Schicksal dieser letzteren. Ist die Prüfung darüber, ob eine Entscheidung nichtig sei, verwehrt, so kann diese Frage auch dem auf Grund der Entscheidung ergangenen Verwaltungsakt gegenüber nicht mehr aufgeworfen werden.

Wurde daher z. B. auf Grund der Entscheidung der competenten politischen Behörde ein Heimatsschein ausgestellt, so ist derselbe trotz der Norm des § 35 Heim. Ges. keinem „Gegenbeweis" mehr ausgesetzt, er kann unter der Vorgabe, einen solchen führen zu wollen, von der ihn ausstellenden Gemeindevertretung nicht mehr abgenommen werden. Denn jeder derartige Versuch würde dem Prinzip der materiellen Rechtskraft der Entscheidung widerstreiten.[44])

Nicht anders liegt die Sache bei Verfügungen.

Der Consens zu einem Wasserwerk, der im Gegensatz zu dem bei Gewährung anderer Wasserbenützungsrechte Platz greifenden Verfaren im Wege der Rechtsprechung erteilt wird[45]), darf daher nur bei sachlicher Unzuständigkeit oder wesentlichen Mängeln des Verfarens von Amtswegen cassirt werden; die Parteien werden ohnedem regelmässig durch Präklusion an der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen — Versagung des rechtlichen Gehörs ausgenommen — verhindert sein.

Das Gleiche wäre der Fall bei der im Entscheidungswege fixirten Grenze der Stauhöhe (Peyrer a. a. O. S. 280).

Im Gewerberechte wird die Frage häufiger aufgeworfen. Die Genehmigung der in §§ 25[46]) und 27 G. O. behandelten Betriebsanlagen erfolgt gleichfalls nach durchgeführtem Verfaren im Entscheidungswege. Auf Umstände, von welchen die Behörde bereits amtliche Kenntnis gehabt haben musste, als sie die Entscheidung fällte, kann

---

[44]) Es lässt sich wol nicht bezweifeln, dass das Gesetz nur an solche Fälle gedacht hat, wo der Heimatsschein ohne vorherige Entscheidung der politischen Behörde ausgestellt wurde.

[45]) § 81 ff. Wass. Ges. (P.)

[46]) Der V. G. H. anerkennt implicite, dass die Genehmigung einer Anlage nach § 25 G. O. Rechtsprechung ist, indem dortselbst im Princip der Verweigerung der Genehmigung materielle Rechtskraft zugeschrieben wird. (Die Einwendung der res judicata wurde blos deswegen verworfen, weil die in beiden Fällen begehrten Betriebsanlagen nicht identisch waren.)

die Entziehung des Consenses nicht basirt werden, weder aus öffentlichen diskretionär zu würdigenden Rücksichten noch auch wegen materiell-rechtlicher Gesetzwidrigkeit, sei es hinsichtlich der rechtlichen oder der tatsächlichen Prämissen der Entscheidung[47]; lediglich wegen sachlicher Unzuständigkeit oder wesentlicher, das öffentliche Interesse verletzender Mängel des Verfarens wäre eine Cassation von Amtswegen zulässig.

Ähnlich würde die Sache beim Bauconsens[48]), bei der Bannlegung der Wälder[49]), dem Forstprodukten-Bringungserkenntnis[50]), der Entscheidung über die reklamirte Militärbefreiung[51]) oder über die Verpflichtung einer Eisenbahn zur Herstellung der in § 10c der M. Vdg. v. 14. Sept. 1854, Nr. 238 vorgesehenen Communicationen[52]) oder

---

[47]) Über die Möglichkeit, der Consenserteilung nachgefolgte Tatumstände zu berücksichtigen, siehe den folgenden Paragraph. Hinsichtlich des Rechtes der Verwaltung, den Consens aus Gründen des öffentlichen Interesses wegen Nichtigkeit zu anuulliren, enthalten unsere Gesetze keine Norm. Unverständlich bleibt mir, wie man eine derartige Aktion auf § 57 Gew. Odg. stützen will, wie diess in der E. d. M. d. I. v. 20. Okt. 1869 (Z. f. V., 1869, Nr. 46) und der E. d. M. d. I. v. 4. Aug. 1874 (Mh. III, S. 589) und des Ackb. M. v. 6. Juli 1877 (Peyrer a. a. O. S. 250), selbst bei Pražak, Enteignung S. 79, versucht wird. Denn in § 57 c. l. heisst es: „Wenn bei einem Gewerbetreibenden der Mangel eines der gesetz-„lichen Erfordernisse des Gewerbebetriebes nachträglich zum Vor-„schein kommt, so kann der Fortbetrieb des Gewerbes untersagt werden.“ Was das Gesetz unter den Bedingungen des „selbstständigen Gewerbebetriebes“ versteht, ergibt sich aus der Überschrift zum zweiten Capitel der G. O.: es sind die persönlichen Eigenschaften, welche die G. O. vom „Gewerbetreibenden“ fordert. Wie ist es möglich, mit diesen die sachlichen Qualitäten der „gewerblichen Betriebsanlage“ zu identifiziren, welche das Gesetz im dritten Hauptstücke normirt?

Selbstverständlich blieb übrigens im Text die Frage der Consequenzen eines consenswidrigen Betriebes ganz ausser Betracht.

[48]) Vgl. darüber Mh. II, S. 864.

[49]) § 20 Forstgesesz.

[50]) § 77 ebenda.

[51]) § 54 Instr. zum Wehrgesetz. Siehe den Fall bei Mh. III, S. 476. Die nachträgliche Entdeckung, dass der Befreite noch einen Bruder besitze, führt zur Cassation des Erkenntnisses (vgl. über diesen Fall, der unter die Wiederaufname zu subsumiren ist, den folgenden §). Wäre dieser Umstand der Commission schon vorgelegen, so wäre die Cassation des Befreiungserkenntnisses meines Dafürhaltens unzulässig gewesen.

[52]) V. G. H. 643. Der Gerichtshof anerkennt ausdrücklich sowol, dass ein derartiger Akt eine „eigentliche Entscheidung“ sei, als auch dass die Abänderung derselben aus öffentlichen Rücksichten nicht zulässig sei.

Dieses Judikat ist insoferne bemerkenswert, als es das einzige ist, welches

über das Vorhandensein der nach § 59 R. Volksschulgesetz geforderten Bedingungen der Neuerrichtung einer Schule[53]), oder bei der bergrechtlichen Freifahrung[54]) u. a. m. liegen.

In jenen Fällen aber, wo die Rechtsprechung der Verfügung nachfolgt, wo also der Verwaltungsgerichtshof über die Gesetzmässigkeit der Verfügung nach ihrer Erlassung judizirt, bleibt zwar die Entscheidung von der Verfügung äusserlich getrennt, der Erfolg ist aber schliesslich derselbe, als ob der Vorgang der umgekehrte wäre. Denn durch diese nachträgliche Entscheidung wird stets über die Gesetzmässigkeit des Verwaltungsaktes res judicata erzielt; eine Vernichtigung des vom Verwaltungsgerichtshof als gesetzmässig erkannten Verwaltungsaktes würde gegen die materielle Rechtskraft verstossen. Dasselbe gilt von der Rechtsprechung des Reichsgerichts, wo dieses als Controlinstanz einschreitet. Es kann zwar in diesem Falle gemäss § 35 des Ges. v. 18. April 1869, Nr. 44, nicht cassiren, aber seine Sentenz hat, wie jeder Akt der Rechtsprechung, ipso jure materielle Rechtskraft.[55])

Wenn also einer dieser Verwaltungsgerichtshöfe die Nichtigerklärung abgelehnt hat, so ist dem so sanktionirten Verwaltungsakt gegenüber die Handhabung des staatlichen Oberaufsichtsrechtes ausgeschlossen; eine Prüfung darüber, ob wesentliche Mängel des Verfarens vorlagen, ob Tatsachen mit Unrecht als erwiesen oder nicht erwiesen angenommen wurden[56]), ob der Akt selbst rechtswidrig war,

---

eine scharfe begriffliche Scheidung zwischen der Rücknamsbefugnis aus öffentlichen Interessen und dem Staatsnotrecht macht.

Ähnlich, nur auf einen behördlich genehmigten Vergleich sich beziehend, ist V. G. H. 274.

[53]) Worüber die Landesgesetze (z. B. das n. ö. L. G. v. 5. April 1870, Nr. 34 in § 7) das Nähere festsetzen.

[54]) § 54 Berggesetz.

[55]) Geller G. H. 1881, Nr. 37.

[56]) Durch die Bestimmung des § 6 al. des österr. Ges. ist die Möglichkeit gegeben, wesentliche tatsächliche Erhebungen durch die Verwaltungsbehörden zu erzwingen, sowie ungereimte Schlüsse aus den erhoben vorliegenden Tatumständen reformiren zu lassen. Ob man in diesem letzteren Falle nicht besser dem V. G. H. selbst die Befugnis überlassen hätte, die richtigen Schlüsse aus dem (correkt) erhobenen Sachverhalt zu ziehen und selbe dann seiner E. zu Grunde zu legen, ist freilich sehr fraglich. Was die Motive (Kaserer S. 33 u. 34) zu § 6 bemerken, trifft vorliegende Frage nicht, sondern bezieht sich blos auf Veranlassung neuer Erhebungen. Warum aber der V. G. H. aus correkten und vollständigen, aktenmässig vorliegenden Erhebungen nicht die richtigen tatsächlichen Schlüsse ziehen darf, sondern vorerst cassiren muss, um die Behörden, die noch dazu von

nicht mehr zulässig. Hiedurch ist auch auf diesem Gebiete dasjenige Ziel erreicht, welches in anderen Staaten die Verwaltungsrechtsprechung im ordentlichen Instanzenzuge bezweckt und erzielt: Herstellung einer relativ vollkommenen Rechtssicherheit.[57])

---

ihm selbst in den Motiven diktirten richtigen Schlüsse aus dem vorliegenden Aktenmaterial ziehen zu lassen, ist nicht recht zu verstehen.

[57]) Es kann nicht bestritten werden, dass sich der österr. V. G. H. im Allgemeinen ausgezeichnet bewährt hat, dass insbesondere die Entziehung der meritalen Competenz durchaus nicht jene „Bedenken" gerechtfertigt hat, die man dem Entwurfe entgegengebracht hatte.

Indess ist doch wol nicht zu leugnen, dass jene sicherlich wolberechtigten Erwägungen, welche die Regierung veranlassten, die Meritalcompetenz des V. G. H. auszuschliessen, ebenso wie die in Note 56 erwähnte Beschränkung in Hinsicht auf die Tatbestandsprämissen etwas doktrinär überspannt ist, insoferne sich diese Exklusivität auch auf die Rechtsprechung nach festen Normen erstreckt. Sind die Behörden an die „Rechtsanschauung" des V. G. H. gebunden, so ist es doch offenbar eine extreme Consequenz der dem V. G. H. ausserhalb der Verwaltung zugedachten Stellung, dass man vorerst den V. G. H. in den Motiven seiner Judikate Urteile vorsprechen lässt, welche die Behörden manchmal (beim Abgang diskretionärer Tatbestandsprämissen) mechanisch nachreden müssen, umsomehr, als dieser Process des Nachsprechens zeitraubend ist und Missverständnissen, ja selbst Weigerungen ausgesetzt sein kann.

## Der Einfluss der Wiederaufname des Verfarens auf die materielle Rechtskraft.

### § 17.

Die Fälle, von denen im vorigen Paragraph die Rede war, hatten das Gemeinsame, dass die Entscheidung ihrer Rechtskraft durch Feststellung solcher Umstände beraubt wurde, welche bereits in dem Momente, da die Entscheidung gefällt wurde, vorlagen, deren Nichtberücksichtigung oder unrichtige Auffassung jedoch einer Rechtsnorm widersprach.

Es gibt jedoch auf allen Rechtsgebieten gewisse Umstände, welche trotz vollkommen correkt durchgeführten Verfarens, trotz richtiger Entscheidung zu einer „Wiederaufname" des Verfarens und einer „Wiederaufhebung" der Entscheidung führen müssen, wenn die lebendige Wirklichkeit mit der behördlichen Feststellung in zu scharfen Gegensatz träte. Die Grenze zwischen den Anforderungen der Rechtssicherheit und dem Einfluss der Billigkeitsmomente, welche sich aus der Überzeugung von der Ungerechtigkeit der Entscheidung ergeben, ist de lege ferenda nicht zu fixiren; sie wechselt nach Zeiten und Völkern; sie wechselt aber auch im gegebenen Augenblicke und Staate je nach dem Rechtsgebiete, welches wir betreten, weil es auch hier ganz wesentlich auf den Wert der Interessen ankommt, um die es sich handelt. Je mehr die Rechtsordnung ein Interesse als ein öffentliches, der Gesammtheit gemeinsames anerkennt, desto mehr wird sie geneigt sein, den festen Bestand der durch die Rechtfindungsorgane geschaffenen Rechtsverhältnisse zu Gunsten ihrer momentanen Bedürfnisse preiszugeben. Privatinteressen dagegen wird sie nur in seltenen Fällen der res judicata gegenüber in Schutz nehmen, weil jeder Fall der Wiederaufname einen Riss ins Princip der materiellen Rechtskraft bedeutet. Nur wo die dem Einzelnen widerfarende Ungerechtigkeit von der Ge-

sammtheit als Calamität empfunden wird, weil Jedermann alle Augenblicke in die gleiche Lage kommen kann, wird sein Interesse selbst als öffentliches anerkannt und in abstracto geschützt werden. Dieser der aequitas entspringende Schutz gegen die Härten einer doktrinären Durchführung des Princips der materiellen Rechtskraft ist die Wiederaufname des Verfarens.

Es ist klar, dass es ohne Wiederaufname kein Rechtsgebiet geben kann, sowie die Entwickelung des Rechtslebens bis zur erkennbaren Abscheidung der Rechtsprechung von den anderweitigen Formen behördlicher Tätigkeit gediehen ist. Im Civilprocess wie im Strafprocess ist die Wiederaufname genau geregelt. Es entspricht dem embryonalen Zustande des modernen Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft, dass es hier eine einheitliche Behandlung der Wiederaufname weder in den Gesetzen noch in der Theorie gibt. Gleichwol ist die systematische Entwickelung dieses Rechtsinstituts unabweisbar, sowie man sich einmal mit dem Begriff der Rechtsprechung auf diesem Gebiete vertraut gemacht hat; denn die Wiederaufname ist ein notwendiges Complement der materiellen Rechtskraft; sie hat die Wunden zu heilen, welche die rücksichtslose Durchführung der letzteren schlagen würde. Wir versuchen es daher im Folgenden, unter Befolgung der bei der bisherigen Untersuchung eingeschlagenen Methode eine systematische Analyse des Begriffs der Wiederaufname auf verwaltungsrechtlichem Gebiete zu geben.

Jede behördliche Tätigkeit basirt auf einem Schlusse oder spricht einen Schluss aus, dessen Obersatz die Rechtsnorm und dessen Untersatz ein conkreter Tatbestand ist. Entsprechend dieser Struktur des logischen Schlusses wird sich die Möglichkeit einer Wiederaufname nach zwei Richtungen ergeben:

1) hinsichtlich der angewendeten Rechtsnorm,
2) hinsichtlich der Tatbestandsprämisse.

Die Art der Schlussziehung selbst und die Frage, ob dieselbe gesetzmässigerweise erfolgte, entzieht sich der Wiederaufname, da sich letztere ausschliesslich auf solche Momente stützen kann, welche der Behörde, als sie ihre Schlüsse zog, nicht vorlagen, Incorrektes Verfaren und Rechtswidrigkeit der Feststellung können ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit oder gar nicht mehr geltend gemacht werden. Andernfalls wäre die materielle Rechtskraft leicht illusorisch zu machen. War jedoch das Verfaren correkt, so ist der Fall einer Wiederaufname dann gegeben, wenn es sich nach Erlassung des behördlichen Decernates zeigt, dass die tatsächlichen Prämissen, welche die Behörde auf Grund des ihr vorliegenden Materiales mit

Recht zur Basis ihrer Schlüsse gewält hatte, mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen oder dass neue Tatumstände oder neue Rechtsnormen entstanden, welche einen andersgearteten Schluss bedingt hätten, wären sie der Behörde bereits bei ihrer ersten Aktion vorgelegen.

Betrachten wir zunächst den Einfluss dieser Momente auf die Rechtsprechung in Verwaltungssachen, so wird sich uns vor Allem die Beobachtung aufdrängen, dass der Einfluss neuer Rechtsnormen bisher unter dem Gesichtspunkt einer Wiederaufname überhaupt nicht behandelt wurde. Die übrigen Wiederaufnamsgründe erfuhren zwar auf verwaltungsrechtlichem Gebiete vor Einführung der deutschen Reformgesetze eine legislative Normirung fast gar nicht, wurden aber wenigstens gewohnheitsrechtlich anerkannt. Erst mit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit geht eine gesetzliche Normirung vor sich. Es dürfte vorerst von Interesse sein, die einschlägigen Bestimmungen der deutschen Gesetze in Betracht zu ziehen.

Die badische Vollzugsvorschrift unterscheidet zwischen verwaltungsbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Judikaten. Verwaltungsbehörden können nach § 88 sowol die von ihnen selbst, als auch die von untergeordneten Instanzen erlassenen Administrativakte abändern oder aufheben, wenn nicht eine Partei ein Recht daraus erworben hat. Sonst (also trotz erworbener Parteirechte) ist eine Abänderung nur zulässig, „wenn durch spätere Verhandlungen das tatsächliche Verhältnis in wesentlicher Beziehung sich abweichend gestaltet“. Gegen Urteile der Verwaltungsgerichte ist ausschliesslich eine „Restitutionsklage“ zulässig, die aber nur formell von der in § 88 normirten Wiederaufname verschieden ist, indem sie ausnamslos „auf Grund neu aufgefundener Tatsachen oder Beweise“ zugelassen wird. Auch ist dieselbe an eine Präklusivfrist von 42 Tagen a die notitiae geknüpft und nach 4 Jahren unbedingt ausgeschlossen (§ 93 das.). Der Natur der verwaltungsgerichtlichen Aktion entsprechend ist daher die Wiederaufnamsklage nach § 93 wesentlich als Parteirecht aufgefasst, während die Aktion der Behörde nach § 88 auch von Amtswegen erfolgen kann und an Fristen nicht gebunden ist.[2])

---

[1]) Das österreichische Hofkzld. v. 28. Juli 1808 (Bartenheim, Polizei S. 103) kann man kaum hieher rechnen. Es handelt eigentlich davon, dass das Strafverfaren gegen einen schuldlos Befundenen wieder aufgenommen werden kann, und bemerkt ganz im Vorbeigehen, wie es scheint mehr der Belehrung halber, als um einen Rechtssatz auszusprechen, dass „die politische „Behörde überhaupt eine von ihr bereits entschiedene Sache neuerdings in „Erörterung ziehen und ihre Entscheidung abändern könne, wenn neue Um„stände vorkommen, welche die Beurteilung wesentlich ändern können“.

[2]) Es ist daher nicht gerechtfertigt, wenn Weizel, Commentar S. 296,

Das bayrische Gesetz bestimmt in Art. 26: „Eine Wiederaufname „des Verfarens kann von derjenigen Behörde, welche den letzten rechts„kräftig gewordenen Endbescheid erlassen hat[3]), beschlossen werden, „wenn glaubhaft dargetan ist, dass eine bei den vorausgegangenen „Verhandlungen nicht hinreichend bekannt gewesene Tatsache vorliegt, „deren Berücksichtigung zu einem von dem früheren abweichenden End„bescheid zu führen geeignet ist. Gegen die hienach von den Distrikts„verwaltungsbehörden oder den Kreisregierungen erlassenen Beschlüsse „ist Beschwerdeführung im regelmässigen Instanzenzuge zulässig."

Eine Bestimmung über die Frist, binnen welcher um die Wiederaufname anzusuchen ist, fehlt. Art. 26 bezieht sich lediglich auf die in Art. 8 aufgezählten sog. „Verwaltungsrechtssachen". Hinsichtlich aller anderen Angelegenheiten blieb die Sache ungeregelt.

Preussen kannte vor dem Gesetz vom 2. August 1880 keine Wiederaufname.[4]) § 70 dieses Gesetzes beziehungsweise der damit identische § 100 des Gesetzes vom 30. Juli 1883 recipiren die Bestimmungen der D. R. C. P. O. hinsichtlich der Wiederaufname gegen verwaltungsgerichtliche Urteile.

Dasselbe normirt Art. 52 des württembergischen Gesetzes hinsichtlich der rechtskräftigen Erkenntnisse der Kreisregierungen sowie der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes in den in Art. 10 u. 11, Z. 2, bezeichneten Streitsachen.[5]) Bezüglich der übrigen Verwaltungssachen fehlen in Preussen und Württemberg gesetzliche Normen.

Die einschlägigen Bestimmungen der D. R. C. P. O. sind in §§ 543 bis 548 enthalten.[6]) Es genügt, wenn die relevanten Tatsachen „glaub-

---

aus § 88 den Schluss zieht, dass in „reinen Verwaltungssachen" „in der Regel" eine materielle Rechtskraft nicht Platz greife. Denn die Bedingung der Aktion nach § 88 ist eigentlich dieselbe, wie die der Klage nach § 93: neue Tatumstände oder neue Beweise; nur die Form und ihre Befristung ist eine verschiedene. Führen die „späteren Verhandlungen" nicht zu einem „in wesentlicher Beziehung abweichenden tatsächlichen Verhältnis", so ist eine Abänderung arg. a contrario nicht zulässig. Das ist, mit anderen Worten gesagt, der Ausdruck materieller Rechtskraft.

[3]) Hatte in letzter Instanz der V. G. H. entschieden, so hat dieser die W. zu bewilligen. (Krais, Commentar S. 184. Der Beschluss desselben ist dann natürlich endgiltig.)

[4]) E. d. pr. O. V. G. v. 4. April 1877 u. v. 2. Juni 1877 (Samml. II, S. 436, 447.

[5]) Es sind diess die sog. „Verwaltungsrechtssachen" und Streitigkeiten einheimischer Gemeinden gegen das Reich auf Grund des R. G. über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873.

[6]) Vgl. unten S. 311.

haft gemacht" werden (§ 552 c. l.). Die Klage kann nur binnen einem Monate nach Kenntnisname, jedoch nicht vor Rechtskraft des Urteils eingebracht werden und ist nach Ablauf von fünf (in Württemberg von vier Jahren, Art. 53, al. 4) nach Eintritt der Rechtskraft unzulässig.

Zur Bewilligung ist in Preussen ausschliesslich das O. V. G., in Württemberg die in letzter Instanz erkannt habende Behörde zuständig; in Preussen verweist im Fall der Bewilligung das O. V. G. die Sache zur instanzmässigen Entscheidung an die competente unterste Instanz, in Württemberg entscheidet die bewilligende Behörde zugleich in der Sache selbst. In Württemberg ist in den Fällen der Rechtsbeschwerde die Wiederaufnamsklage gegen die Entscheidungen des V. G. H. unzulässig.

Für's österreichische Recht sind die Gesetze v. 18. April 1869 über das Reichsgericht und vom 22. Oktober 1875 über den Verwaltungsgerichtshof in Betracht zu ziehen.

Nach § 37 des ersteren Gesetzes ist eine Wiederaufname gegen Erkenntnisse des Reichsgerichtes nur in den Fällen des § 3 a des St. G. G. v. 21. Dez. 1867, No. 143, zulässig; also weder in Competenz-Confliktssachen noch in den Fällen, bei welchen die Beschwerde gegen Verletzungen politischer in der Verfassung gewährleisteter Rechte gerichtet war. Es frägt sich, was unter dem Ausdruck „Wiederaufname" in § 37 zu verstehen ist? Augenscheinlich ist dieser Ausdruck dem Civilprocess entnommen und, da das Gesetz keine Definition gibt, so werden wir alle Fälle der Wiederaufname darunter begreifen müssen, die im österreichischen Civilprocess darunter verstanden werden, also nicht nur die in der A. G. O. behandelte „restitutio in integrum ob noviter reperta", sondern auch die im Hofd. v. 6. Okt. 1785, No. 477 enthaltene Wiederaufname wegen schlechter Vertretung.[7])

Das zweite der oben genannten Gesetze bestimmt in § 43 unter der Aufschrift: „Rechtskraft der Erkenntnisse": „Wider die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes findet eine Wiedereinsetzung in „den vorigen Stand nicht statt." In § 44 c. l. heisst es ferner, dass das Verfaren, falls ein Einstellungsbeschluss wegen Klaglosstellung gefasst worden war, nicht wieder aufgenommen werden kann.

Indem wir uns die nähere Beleuchtung dieser Bestimmungen vorbehalten, wollen wir nur erwähnen, dass über die Wiederaufname

---

[7]) Da § 16, al. 2, den Advokatenzwang statuirt und der österreichische Civilprocess diese Art der W. kennt, so wird sich lege non distinguente gegen diese Subsumtion wol nichts Stichhältiges einwenden lassen, es wäre denn die Geltung der nach § 26 c. l. massgebenden Officialmaxime, welcher man übrigens einen so weitreichenden Einfluss kaum wird zuschreiben können.

ausserhalb des verwaltungsgerichtlichen Verfarens gesetzliche Normen nicht existiren.

Die Verordnung des M. f. C. u. U. v. 14. Mai 1876[8]) enthält allerdings — natürlich nur für Gegenstände, die zum Cultus- und Unterrichtsministerium ressortiren — folgende Bestimmung: „Rechtskräftig „entschiedene Sachen sind bei wiederholtem Anbringen auf die rechts-„kräftige Entscheidung zu weisen. Eine Ausname gilt nur dort, wo „nach Beschaffenheit des Anbringens die Wiederaufname der Verhand-„lung zufolge der bestehenden Vorschriften zulässig erscheint." Wiewol ich bisher vergebens nach diesen „bestehenden Vorschriften" gesucht habe, so ist doch nicht zu leugnen, dass die principielle Anerkennung der Wiederaufname, welche darin liegt, von Wert ist, freilich mehr in dem Sinne, dass damit die bestehende behördliche Praxis anerkannt und gebilligt wurde[9]), zumal sich die Verordnung wesentlich auf das geltende Recht beruft. Nach dem in der Praxis der Behörden ausgebildeten Gewohnheitsrecht[10]) wird eine ziemlich vage „Reassumirung" des Verfarens beim Vorliegen „neuer Behelfe" für zulässig erachtet.

Bevor wir nun in die nähere Erörterung des Gegenstandes der Untersuchung eingehen, ist vorerst darauf aufmerksam zu machen, dass der Ausdruck „Wiederaufname des Verfarens" wol nur dort am Platze ist, wo ein bestimmtes Verfaren vorgezeichnet und conkrete Rechtsverhältnisse festzustellen waren, also in den Fällen der Rechtsprechung. „Verfaren" muss die Behörde zwar immer in irgend einer Art, aber sowie sich die Art dieses Verfarens der rechtlichen Normirung entzieht, kann füglich auch die Wiederaufname des Verfarens nicht Gegenstand abstrakter Rechtsnormen sein.

Diess im Auge behaltend, müssen wir vor Allem auch hier unterscheiden zwischen Rechten der Parteien und öffentlichen Interessen, welche von der Verwaltungsbehörde geltend zu machen sind.

Betrachten wir vorerst die Rechte der Parteien, die Wiederaufname zu begehren. Soweit die Rechtsordnung in öffentlichen Rechtsverhältnissen subjektive Interessen der Einzelnen ihrer Disposition über-

---

8) Abgedruckt in der Z. f. V., 1876, S. 87 und bei Mh. I, S. 729.

9) Die erwähnte Verordnung hat keine andere rechtliche Bedeutung, als die einer Instruktion an untergebene Behörden, welche den Parteien gegenüber abstraktes Recht zu setzen nicht im Stande ist. Denn auch hinsichtlich der Wiederaufname gilt das oben in § 9, Note 15, Gesagte, dass dieselbe im Verordnungswege nicht normirt werden kann.

10) Als competenten Zeugen desselben können wir uns wol auf Mayrhofer (I, S. 727) berufen.

lässt, ist das Präklusionsprinzip und die Unzulässigkeit der actio popularis massgebend.

Die deutschen Reformgesetze haben daher überall, wo es sich um verwaltungsgerichtliche Urteile handelt, den Parteien gewisse Präklusivfristen (ein Monat in Preussen und Württemberg, sechs Wochen in Baden) gesetzt und überdiess nach Verlauf eines gewissen Zeitabschnittes (4 oder 5 Jahre) die Wiederaufname gänzlich ausgeschlossen, Bayern und Österreich ausgenommen, welche solche Fristen nicht festsetzten. Präklusivfristen sind hier deswegen am Platze, weil es nicht im Interesse der auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes doppelt wünschenswerten Stabilität des Rechtszustandes liegt, die aus Parteiinteressen ermöglichte Anfechtbarkeit einer Entscheidung zu perpetuiren.

Was nun die Gründe betrifft, welche zur Wiederaufname des Verfarens führen können, so liegt die Sache am einfachsten und unzweifelhaftesten wol bei dem der Entscheidung nachfolgenden Tatbestand und den ihr nachfolgenden Rechtsnormen.

Dem nachfolgenden Tatbestand, den die civilrechtliche Theorie „causa superveniens“ zu nennen pflegt, muss auf allen Rechtsgebieten eine Wirkung zukommen, welche die aus der materiellen Rechtskraft entspringenden Imperative zerstört, weil, wie Savigny[11]) bemerkt, zu jedem Urteil „stillschweigend hinzuzudenken ist, dass die „Sentenz nur für den Zeitpunkt gilt, in welchem das Urteil gefällt „wird; sie lässt alle in Zukunft entstehenden Veränderungen unberührt „für jeden Rechtsstreit, der auf der Behauptung von Tatsachen beruht, „die dem Urteil nachgefolgt sind (causa superveniens).“[12]) Diess ist eine selbstverständliche Folge des Umstandes, dass die Entscheidung den Causalnexus zwischen Tatbestand und Rechtsnorm ausspricht, also unmöglich den Causalnexus zwischen einem künftigen Tatbestand und der Rechtsnorm fixiren kann.

Wenn sich nun ein relevantes Tatbestandsmoment verändert, so tritt die Entscheidung, welche auf Grund des früheren Tatbestandes ergangen ist, mit der Wirklichkeit in Widerspruch und die Imperative, welche aus der Rechtskraft der Entscheidung fortwährend entspringen, müssen aufgehoben werden.

Wenn also z. B. einem Patron das Präsentationsrecht zugesprochen

---

[11]) System VI, § 292.

[12]) Beispiel: Die Abweisung der Eigentumsklage wegen mangelnden Besitzes beim Gegner präjudizirt der Eigentumsklage nicht, falls der Geklagte später in den Besitz der Sache gelangt. Vgl. Keller, Litiscontestation und Urteil S. 292; Wetzell, Civ. Pr. II, § 47, Note 59.

wurde, so hindert die Rechtskraft dieser Entscheidung nicht, dass dieses Recht dann versagt wird, wenn der Rechtsnachfolger des Patrons ein Jude ist; die Entscheidung, dass ein Grundstück Bestandteil der Gemeindejagd sei, hindert nicht, dass das Jagdrecht darauf später dem Besitzer einer Eigenjagd zugesprochen wird, wenn die Realität durch Kauf Bestandteil seines zusammenhängenden 200 Joch grossen Grundbesitzes wurde; die Entscheidung über die Pflicht, ein Strassenconservirungspauschale zu leisten, steht nicht im Wege, dass der erforderliche Betrag nach Umständen erhöht werde[13]); die Entscheidung über das Heimatsrecht ermöglicht eine Abänderung auf Grund der der Entscheidung nachfolgenden Legitimation, Ehe, Ersitzung u. s. w. Liegt es ausschliesslich im Interesse der Parteien, die der Sachlage entsprechende Abänderung der Entscheidung herbeizuführen, so lässt sich wol nicht bezweifeln, dass ein einfaches Petit an die Behörde genügt, um die massgebenden neuen Umstände erheben zu lassen und die Abänderung der Entscheidung herbeizuführen.

Ebenso klar liegt die Sache, wenn sich die relevante Rechtsnorm geändert hat. Auf die vor Wirksamkeit des neuen Gesetzes entstandenen Rechtsverhältnisse hat letzteres nur dann Einfluss, wenn es rückwirkende Kraft besitzt. Wann eine Rechtsnorm rückwirkende Kraft besitzen soll, ist eine Frage rechtsphilosophischer Natur, die hier ganz ausser Betracht bleibt. Ebensowenig haben wir zu untersuchen, welche der geltenden Normen des öffentlichen Rechtes rückwirkende Kraft haben[14]); wir setzen vielmehr voraus, dass dieselbe im einzelnen Fall feststeht. Wenn nun eine Rechtsnorm rückwirkende Kraft besitzt, so muss sie auf alle bestehenden Rechtsverhältnisse einwirken, das heisst alle einzelnen aus der abstrakten Norm entspringenden Befugnisse und Pflichten müssen sich von diesem Augenblicke an verändern, und es ist Aufgabe der Rechtsprechung, diese Veränderung, falls

---

[13]) V. G. H. 588.

[14]) Auch die Prüfung dieser Frage wird ein Objekt des künftigen Systems des Verwaltungsrechts beziehungsweise des allgemeinen Teils desselben zu bilden haben. Im Zweifel wird jeder Norm, welche öffentliche Rechtsverhältnisse regelt, rückwirkende Kraft zuzuschreiben sein. Ausnamen: Art. VI des Kundm. P. zur Gew. Odg., Art. II der Einf. zum Wassergesetz (P.). Die Fälle, wo die rückwirkende Kraft öffentlich-rechtlicher Gesetze auf Privatrechte anerkannt wurde, sind sehr zalreich, vgl. z. B. E. d. bad. O. V. G. v. 1. Dez. 1874 (Bad. Ztschr. 1875, S. 100); E. d. pr. O. Tr. v. 12. März 1877 (Hartmann's Ztschr., 1879, S. 55): Unwirksamkeit vertragsmässig eingeräumter Steuerfreiheit; R. G. 55: Unwirksamkeit der durch Privileg gewährten Militärfreiheit oder Corporationsqualität (V. G. H. 244) u. s. w.

es nötig wird, im Entscheidungswege zum Ausdruck zu bringen [15]), was in der Praxis allseits anerkannt ist. [16])

Normen hinsichtlich des Verfarens [17]) in den soeben behandelten

[15]) Es ist sehr merkwürdig, dass die rückwirkende Kraft der Rechtsnormen als Argument gegen die Möglichkeit einer materiellen Rechtskraft im Verwaltungsrecht verwendet werden konnte (siehe oben S. 94). Es besteht aber in diesem Punkte nicht der geringste Unterschied zwischen Privat- und öffentlichem Recht, mag auch im Grossen und Ganzen die Rückwirkung hier, die Nichtrückwirkung dort für die legislative Politik massgebend sein. Dass es aber auch auf privatrechtlichem Gebiete rückwirkende Gesetze geben muss, kann wol Niemand bezweifeln, der sich an die Aufhebung der Sklaverei und Leibeigenschaft, an eine Grundentlastung, einen Staatsbanquerott, eine Säkularisation und dergleichen vom öffentlichen Wol diktirte Eingriffe in Privatrechte erinnern mag. Sollte Jemand im Ernste meinen können, die so herbeigeführte Änderung von Privatrechtsverhältnissen werde vor dem gerichtlichen Urteile, welches das Eigentum, die Leibeigenschaft, Sklaverei in diesem oder jenem conkreten Falle anerkannte, Halt machen? Kaum möglich, denn de lege lata gibt es eben gar kein Recht, vor welchem der Gesetzes-Imperativ seine Kraft verlöre.

[16]) Siehe z. B. die E. d. M. f. C. u. U. v. 21. Nov. 1869 (Z. f. V., 1869, S. 35), wo gesagt wird, dass, wiewol die Verpflichtung zur Zalung von Cultusbeiträgen gegen Andersgläubige durch rk. Entscheidung des Staatsministeriums anerkannt wurde, diese Pflicht mit Geltung des Art. IX. des Ges. v. 25. Mai 1868, No. 49, entfallen sei; E. d. bad. V. G. H. v. 14. März 1871 (Bad. Zschr. 1871, No. 8): die rk. E. der Regierung von .... besitze noch derzeit materielle Rechtskraft, weil spätere Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen nicht vorliegen; E. dass. v. 26. Sept. 1871 (ebenda 1872, S. 515): die rk. E. der Regierung von .... über die Pflicht zur Erhaltung einer Brücke habe keine Rechtskraft mehr, da sich die diessfälligen Rechtsnormen geändert haben. (Derselbe Satz in der in No. 6 der Bad. Zschr. v. 1873 abgedruckten E. des bad. V. G. H.) Ferner: E. d. öst. V. G. H. v. 16. Febr. 1880 (No. 107 der nach § 6 gef. Erk.): Durch die rk. E. v. 1818 ist nur festgestellt, dass das Recht zur Teilname an den Nutzungen des Gemeindegutes dem X. nach den damals geltenden Gesetzen zustand; da diese Rechte in den neuen G. O. anders geregelt wurden, verlor die E. ihre Wirkung (vgl. auch V. G. H. 995). Wie aber, wenn die bezügliche Materie allerdings durch ein neues Gesetz mit rückwirkender Kraft geregelt wurde, das neue Gesetz aber in den massgebenden Punkten identische Bestimmungen enthält? Zwei interessante Fälle dieser Art in der E. des M. f. C. u. U. v. 9. Okt. 1875 (Z. f. V., 1877, S. 33) und V. G. H. 528. Beidemale handelte es sich um die Frage, ob hinsichtlich der Ablösbarkeit einer Naturalgiebigkeit durch die unter Herrschaft des früheren Gesetzes ergangene Entscheidung res judicata mit fortdauernder Wirkung geschaffen wurde. Beide Behörden entschieden sich für die materielle Rechtskraft, wie ich glaube, mit Recht.

[17]) Ein besonderes Verfaren wäre beim Vorliegen der causa superveniens betreffs der Erhebung der neuen Umstände vorzusehen. Aber auch beim Eintritt einer neuen Rechtsnorm ist manchmal ein solches Verfaren

zwei Fällen der Wiederaufname existiren im österreichischen Recht nicht, ebensowenig Fristen für die Geltendmachung der daraus entspringenden Parteirechte. Aus dem Bestande der oben S. 305 angezogenen gesetzlichen Bestimmungen wird sich ein Argument gegen die von uns entwickelten Sätze kaum ableiten lassen, weil jene beiden Fälle im Civilrecht unter dem Gesichtspunkte der Wiederaufname nicht aufgefasst zu werden pflegen.

Der dritte und häufigste Fall der Wiederaufname liegt vor, wenn eine Partei sich auf Tatsachen oder Beweismittel zu berufen im Stande ist, welche in der vorhergegangenen Verhandlung nicht vorkommen.[18]) Gewöhnlich hat man sowol Tatsachen als auch Beweismittel im Auge, wenn von Wiederaufname wegen „neuer Behelfe" oder wegen „Neuerungen" schlechtweg gesprochen wird. In diesem Sinne behandeln vorliegenden Fall der Wiederaufname auch die oben angeführten deutschen Gesetze. Am weitesten ist die Stylisirung der badischen Vollz. V., deren § 88 auch noch die causa superveniens umfasst; § 93 c. l. spricht präziser nur von „neu aufgefundenen Tatsachen oder Beweisen". Art. 26 des bayr. Gesetzes will augenscheinlich beides treffen, wenn es von „nicht hinreichend bekannt gewesenen Tatsachen"[19]) spricht, freilich ohne sich bestimmt zu äussern, wem diese Tatsachen unbekannt geblieben sein müssen.[20]) Württemberg und Preussen recipiren die Normen der R. C. P. O., welche jedoch nicht in allen Punkten für das verwaltungsrechtliche Gebiet passen, denn die Fälle des § 543 R. C. P. O. wer-

---

nötig, so wenn es sich z. B. um die Frage handelt, ob eine gewohnheitsrechtliche Norm nachweisbar ist oder wenn die rückwirkende Kraft der Norm in Frage steht. Es wäre wünschenswert, wenn der Moment oder der Akt, an welchen das formelle Ende der Rechtskraft geknüpft ist, im Gesetze fixirt würde. Bei causa superveniens muss die neue Entscheidung (eventuell die Bewilligung der W.) ex nunc wirken, während im anderen Fall dieselbe deklaratorische Wirkung zur Constatirung des Moments hätte, in welchem die rückwirkende Norm in Kraft trat.

[18]) Siehe darüber Sarwey, Das öff. R. S. 736; v. Stengel, Die Org. S. 548; G. Meyer, V. R. S. 53; E. Löning, V. R. S. 837.

[19]) Nach Krais' Comm. S. 184 soll sich der Ausdruck „Tatsachen" in Art. 26 auch auf „Beweise" beziehen. In Folge dessen dürfte der nicht ganz logische Ausdruck „nicht hinreichend bekannt gewesene Ursache" gewählt worden sein. Es soll damit sowol eine „nicht bekannt gewesene" als eine „nicht hinreichend bewiesene" Tatsache gemeint sein.

[20]) Es ist daher anzunemen, dass sie sowol der Behörde als den Parteien unbekannt geblieben sein müssen. Das bayr. Gesetz ist somit enger als § 88 der bad. Vollz. V., welche dieses Moment nicht hervorhebt und dadurch das Präklusionsprincip verwischt.

den einerseits zum grössten Teile, wie die Motive zum preussischen Gesetze vom 2. August 1880 selbst bekannten[21]), hier „kaum jemals zur Geltung kommen", während andererseits nicht abzusehen ist, wie sich die Bevorzugung des Urkundenbeweises rechtfertigen liesse. Auch die Subsumirung der „Urteile" unter die Beweismittel ist theoretisch unrichtig[22]) und praktisch zu Unzukömmlichkeiten führend.[23]) Am misslichsten endlich ist die völlige Ausschliessung neu entdeckter Tatsachen von den Voraussetzungen des Restitutionsbegehrens, wofür sich auf unserem Gebiete ein plausibler Grund kaum anführen lassen dürfte.[24])

Was das österreichische Recht betrifft, so existiren hier allgemeine Normen bezüglich der Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden in

---

[21]) Brauchitsch a. a. O. I, S. 130.

[22]) Das Urteil als Beweismittel (Urkunde) beweist nicht, dass sich ein Rechtsverhältnis in der im Urteil festgestellten Art verhalte, sondern dass das Urteil in der schriftlich fixirten Form gefällt wurde. Es werden daher hier „Beweiskraft" und „materielle Rechtskraft" verwechselt. Vgl. die sehr treffende Motivirung des bad. V. G. H. in dessen Erkenntnis vom 4. Sept. 1877 (Bad. Ztschr. 1877, S. 211).

[23]) Sich auf ein neu aufgefundenes Urteil berufen, heisst so viel, als die Rechtskraft desselben der Rechtskraft eines späteren Urteils entgegensetzen. Wird dieser Berufung auf ein früheres Urteil Wirkung beigemessen, wie es in der R. C. P. O. geschieht, so liegt darin jedenfalls ein Verstoss gegen das Princip der materiellen Rechtskraft, wie es im Verwaltungsrecht Geltung besitzen muss. Mag dieser Vorgang auf privatrechtlichem Gebiete wol berechtigt sein, so ist doch nicht zu bezweifeln, dass hier das Gegenteil der Fall ist. Was soll es wol für einen Sinn haben, Rechtsnachfolgern (zu deren Gebrauch ja nach den Motiven jene Bestimmung hauptsächlich dienen soll) in Sachen publici juris, z. B. der Heimatsberechtigung, dem Patronat, der Öffentlichkeit eines Gewässers, Weges u. s. w. die Berufung auf alte, den Rechtsvorgängern gegenüber ergangene Urteile zu gestatten, wenn die Angelegenheit in der Zwischenzeit durch ein anderes Urteil rechtskräftig erledigt wurde? Dem späteren Erkenntnis legt daher V. G. H. 2385 mit Recht gegenüber dem früheren materielle Rechtskraft (wenigstens im Princip) bei.

[24]) Sarwey a. a. O. S. 736 billigt zwar diese Bestimmung; ich verstehe jedoch nicht, was die von ihm auf S. 733 hinsichtlich der materiellen Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile angeführten Umstände mit vorliegender Sache zu schaffen haben. Dass die Normen der R. C. P. O. auf causa superveniens keine Anwendung finden, scheint mir zwar gewiss zu sein; allein hier handelt es sich um Tatsachen, die schon vor der Urteilsschöpfung entstanden, jedoch nicht bekannt waren. Nun bleibt die Verwaltung von der Geltendmachung solcher Tatsachen geradeso präkludirt wie die Privatpartei; andernfalls wäre ja sicherlich ein Hauptvorteil der Trennung verwaltungsbehördlicher und verwaltungsgerichtlicher Funktionen illusorisch. Wäre dem indess auch nicht so, was gewännen die Parteien von dieser Aktionsfreiheit der Verwaltung, wenn es sich um ihre Privatinteressen handelt?

diesem Punkte nicht. Gewohnheitsrechtlich hat sich jedoch in der Praxis der Grundsatz ausgebildet, dass bei Vorlage von neuen Behelfen eine Wiederaufname zulässig ist.[25])

Voraussetzung derselben ist, dass die Neuerungen der Behörde im vorhergegangenen administrativen Verfaren nicht aktenmässig vorlagen, sonst wäre bestenfalls eine Nichtigkeit vorhanden, von deren Geltendmachung die Parteien mit Eintritt der Rechtskraft präkludirt sind. Weiters ist erforderlich, dass die Partei ohne ihr Verschulden die neuen Tatsachen oder Beweismittel nicht kannte oder zu benutzen nicht in der Lage war, was in geeigneter Weise glaubhaft gemacht werden muss.[26]) Die Bewilligung hat im Entscheidungswege zu ergehen[27]); erst mit diesem Augenblicke verliert die Entscheidung ihre materielle Rechtskraft.[28]) In einfacheren Fällen kann jedoch mit der Bewilligung die Entscheidung in der Hauptsache ergehen (§ 14 der Geschäftsordnung des Reichsgerichts, M. Vdg. v. 26. Okt. 1869, Nr. 163). Präklusivfristen zur Geltendmachung der Restitutionsgründe kennt das österreichische Recht auch hier nicht (vgl. § 373 A. G. O.), was auf verwaltungsrechtlichem Gebiet ein grosser Übelstand ist.

Hinsichtlich der Beweismittel, welche zur Stellung des Restitutionsbegehrens verwertbar sind, ist zunächst hervorzuheben, dass Geständnis und Parteieneid nicht hieher gehören. Letzterer ist dem öster-

---

[25]) Es gelten hier analog die Vorschriften der Civilprocessordnung (§ 372 A. G. O.; vgl. auch § 545 R. C. P. O.); vgl. Sauter in der Z. f. V., 1876, S. 34 ff. u. Mh. I, S. 727.

[26]) Diess ist ausgesprochen in der E. d. M. d. I. v. 27. März 1870 (Z. f. V., 1870, S. 91) bezüglich des Heimatsrechts; in der E. d. M. d. I. v. 4. Nov. 1872 (Z. f. V., 1873, S. 83) bezüglich der Zuweisung eines Heimatlosen; in V. G. H. 1447 bezüglich der Pflicht zur Leistung von Schulfondsbeiträgen; in R. G. 46 hinsichtlich der Pensionsberechtigung; in der E. d. M. d. I. v. 15. Okt. 1871 (Z. f. V., 1872, S. 22) hinsichtlich einer gewerblichen Betriebsanlage.

In der Praxis findet sich häufig die Anschauung, dass in § 35 Heim. Ges. ein Fall der Wiederaufname vorliege. Es ist diess eine Consequenz der irrigen Auffassung, dass der „Heimatschein" ein Erkenntnis darstelle (wie denn verwunderlicherweise selbst Ulbrich, St. R. S. 427, die Ausstellung eines Heimatscheines die Fällung eines Präjudizialerkenntnisses nennt. Vgl. dazu oben S. 135.)

[27]) V. G. H. 249, 1946; E. d. M. d. I. v. 27. März 1870; Z. f. V., 1870, S. 91.

Welche Instanz dazu competent ist, interessirt uns hier nicht weiter. Vgl. darüber den Erl. d. C. u. U. M. v. 14. Mai 1876; Sauter a. a. O. u. Mayrhofer I, S. 729.

[28]) V. G. H. 249.

reichischen Administrativverfahren überhaupt fremd; das Geständnis[29]) fällt schon desshalb weg, weil demselben bei Geltung der Untersuchungsmaxime eine ausschlaggebende Bedeutung für die behördlichen Feststellungen nicht zukommt. Ebensowenig dürfte der Augenschein diesem Zwecke dienen können, weil die unterlassene Beaugenscheinigung nur einen Mangel des Verfarens bilden kann, der nach Rechtskraft der Entscheidung nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Anlass zur Wiederaufname können aber Urkunden und Zeugen geben, wenn diese Beweismittel nach Rechtskraft der Entscheidung aufgefunden wurden oder die Partei nach diesem Zeitpunkte erst in die Lage gesetzt wurde, dieselben vor der Behörde zu benutzen. Unter erstere sind nicht nur schriftliche öffentliche[30]) und Privaturkunden, sondern auch Grenzsteine, Zeichnungen, Kerbhölzer, Siegel, Wappen, Heimstöcke, Marksteine[31]) u. dgl. zu rechnen, unter die letzteren fallen auch die in der österreichischen Praxis beliebten „Gedenkmänner“[32]) und die sachverständigen Zeugen.

Hingegen scheint mir ein Wiederaufnamsbegehren unter Berufung auf neue Sachverständige durchaus unzulässig zu sein, weil die Sachverständigen vor Allem Hilfsorgane der Behörde sind, von dieser, selbst unter Übergehung der Vorschläge der Parteien, bestellt werden, die Führung des Sachverständigenbeweises daher nicht in dem Grade der Disposition der Parteien überlassen sein kann, wie diess bei Zeugen und Sachverständigen der Fall ist. Man kann also füglich von der „Auffindung“ eines Sachverständigenbeweises nicht sprechen. Es lässt sich wol denken, dass eine Partei nach Rechtskraft der Entscheidung Sachverständige findet, die anderer Ansicht sind als jene, deren Gutachten der Entscheidung zu Grunde lag; die Idee solche Sachverständige zu einer Wiederaufname zu benutzen, scheitert aber schon daran, dass die Behörde nicht zur Wal der vorgeschlagenen Experten verpflichtet ist.

Es frägt sich nun noch, wann eine Wiederaufname gegenüber den Urteilen der österreichischen Verwaltungsgerichte zulässig ist.

---

[29]) Dass das Geständnis, Mangels der Berechtigung der Parteien über den Gegenstand der Entscheidung zu disponiren, im Administrativverfaren nur den Charakter eines Beweismittels besitzt, lässt sich nicht bezweifeln. Vgl. Löning a. a. O. S. 825.

[30]) R. G. 236.

[31]) § 104 Berggesetz.

[32]) Es ist eigentümlich, dass sich die österreichischen Behörden von diesem patriarchalischen Ausdruck nicht losmachen können, ja dass sogar der V. G. H. denselben häufig gebraucht. Einen begrifflichen Unterschied zwischen „Gedenkmännern“ und „Zeugen“ wird man schwerlich ausfindig machen können.

Wie aus den oben S. 305 angeführten Gesetzen hervorgeht, ist in den Fällen des Art. 3 a der St. G. G. v. 21. Dez. 1867, Nr. 143, eine Wiederaufname gegen die Urteile des Reichsgerichtes unbeschränkt zugelassen. Hinsichtlich der Bedingungen und der Folgen derselben gilt Nichts, was von den für die verwaltungsbehördliche Rechtsprechung überhaupt geltenden Normen verschieden wäre, es wäre denn, dass hier auch eine Wiederaufname wegen schlechter Vertretung denkbar ist.[33])

Gegen die reichsgerichtliche Judikatur findet im Übrigen eine Wiederaufnahme nicht statt. In Competenzconfliktssachen rechtfertigt sich diess damit, dass hier fast immer nur Rechtsfragen zur Entscheidung kommen; bei Beschwerden wegen Verletzung politischer Rechte damit, dass es sich da um Privatinteressen handelt, die im Gegensatz zu den von der Verwaltung vertretenen öffentlichen Interessen stehen und nicht wichtig genug erscheinen konnten, um eine wiederholte Inanspruchname des kostspieligen und schwerfälligen Apparats der reichsgerichtlichen Judikatur zu gestatten. Bei der Einstellung des Verfarens durch den Verwaltungsgerichtshof wegen Klaglosstellung kann es sich eigentlich nicht um eine Wiederaufname handeln, weil da kein Meritalerkenntnis gefällt, sondern nur die Ablehnung weiteren Einschreitens ausgesprochen wird. Das Erkenntnis, dass Beschwerdeführer klaglos gestellt wurde, spricht aus, dass ein verletztes Recht nicht mehr nachweisbar sei, muss also wirken, als ob die Beschwerde von vorneherein a limine abgewiesen worden wäre. Die Bestimmung des § 44 des Gesetzes vom 22. Oktober 1875 ist daher eine Consequenz des in § 2 c. l. niedergelegten Princips.

Minder befreunden kann man sich mit der im selben Gesetze ausdrücklich ausgesprochenen ausnamslosen Ausschliessung der Wiederaufname gegen die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes.

Auffälligerweise spricht zwar das Gesetz gerade in § 43, anders als in § 44 und nicht wie das Gesetz über das Reichsgericht, von einer „Wiederaufname", sondern von einer „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand". Dem heute üblichen Sprachgebrauch entspricht es, hierunter die Restitution wegen schuldlos verstrichener Fallfrist zu verstehen, wie diess auch in der geltenden österreichischen Strafprocessordnung geschieht. Dass dieser Begriff aber in § 43 nicht gemeint ist, ergibt

[33]) Nachdem sonst im österreichischen Verwaltungsrecht eine Vertretung durch sachkundige Rechtsfreunde derzeit weder obligatorisch noch nötig ist, so bedarf es keiner weiteren Erörterung, dass diess der einzige Fall ist, wo eine Wiederaufname wegen schlechter Vertretung eintreten kann. Die bezüglichen Vorschriften des Civilprocesses sind auch hier analog anwendbar, daher ein weiteres Eingehen auf diesen Restitutionsfall wol überflüssig sein dürfte.

sich ganz zweifellos aus § 16 dess. Gesetzes. Vielmehr scheint das Gesetz sich an die Nomenklatur der A. G. O. gehalten zu haben, welche beide Begriffe unter der „Einsetzung in den vorigen Stand“ begreift und hiemit dem gemeinrechtlichen Sprachgebrauch folgt. Durch die Wal eines möglichst umfassenden Ausdrucks wollte das Gesetz offenbar alle Fälle des alten „auxilium extraordinarium“ wegen Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrtum und anderer „justae causae“, das beneficium novorum, Hilfe gegen schlechte Vertretung oder rechtswidrige Präklusion[34]) und auch die Wiedereinsetzung wegen neuer Behelfe ausschliessen, letzteres um so gewisser, als aus den Motiven[35]) zu ersehen ist, dass man bestrebt war, die diessfälligen für das Reichsgericht geltenden Processnormen zu adoptiren. Was aber hinsichtlich der reichsgerichtlichen Agenden, für welche diese Norm bestimmt war, sehr wol zu rechtfertigen ist, führt in vielen jener Fälle, die vor dem Verwaltungsgerichtshof ihre Erledigung finden, zu Härten und Ungereimtheiten. Denn, erwägt man, dass es sich hier oft genug um die wichtigsten und einschneidendsten Massregeln und Ein-

---

[34]) Es wäre diess die sogenannte tierce opposition des französischen Rechts. Würde man der Ansicht sein, dass die gesetzwidrige Unterlassung der Beiladung eines Drittbeteiligten diesem gegenüber keine relative Nullität begründe (vgl. oben S. 215), so wäre eine tierce opposition nach dem Muster des französischen und badischen Rechts unumgänglich notwendig, um der Möglichkeit einer ungerechtfertigten Präklusion vorzubeugen. Dass das Gesetz die tierce opposition nicht eingeführt hat, scheint mir ein neuer Beleg für die oben S. 215 ausgesprochene Ansicht zu sein.

Die in § 78 der badischen V. V. recipirte tierce opposition ist keine Wiederaufname, sondern eine Nullitätsquerel, zu deren Anbringung eine Notfrist von 14 Tagen gewährt ist. Denn wenn es daselbst heisst: „Dritte „Beteiligte, welche in den der Entscheidung vorhergegangenen Verhandlungen „nicht als Partei aufgetreten oder nicht beigeladen waren, können innerhalb „der Rekursfrist . . . um Wiederherstellung ansuchen“, so muss wol hier subintelligirt werden, dass bereits im Momente der Entscheidung das rechtliche Interesse als ein von der Rechtsordnung anerkanntes vorhanden war, dass somit die Unterlassung der Ladung einen Formfehler involvirt, der die Entscheidung dem Übergangenen gegenüber relativ nichtig macht. Wollte man jedoch diese Stelle so interpretiren, dass Jeder, bei dem ein das rechtliche Interesse bedingender Tatbestand erst nach der Entscheidung eintrat, um Wiederherstellung ansuchen könne, so läge allerdings ein eigentlicher Restitutionsfall vor. Allein diese Interpretation lässt sich nicht aufrecht halten, weil gerade solche erst hinterher zu rechtlichen Interessenten gewordene Parteien durch die materielle Rechtskraft der Entscheidung gebunden sein müssen. Vgl. oben S. 206.

[35]) Kaserer S. 35. Das Gleiche besagt der Commissionsbericht des Herrenhauses, ebenda S. 43.

richtungen handelt, deren finanzielle Nachwirkungen sich auf Generationen hinaus erstrecken können, so ist es wol von vorneherein klar, dass die Agenden des Verwaltungsgerichtshofes sich mit jenen des Reichsgerichtes gemäss Art. 3, lit. b des mehrfach citirten St. G. G. hinsichtlich ihrer Wichtigkeit nicht vergleichen lassen.

Es ist vergeblich, einen stichhältigen Grund dafür zu suchen, dass Parteien, welche schuldloserweise in Unkenntnis ihrer Behelfe geblieben waren blos darum und blos dann an der Geltendmachung derselben gehindert sein sollen, wenn der Verwaltungsgerichtshof in der Sache judizirt hat, dass sie dieses Recht jedoch haben sollen, wenn die Entscheidung in letzter Instanz von den Verwaltungsbehörden oder dem Reichsgericht (in den Fällen des § 3a c. l.) ausging. Indess bleibt angesichts des Wortlautes des § 43 keine Wal. Man könnte zwar eine benigna interpretatio dadurch versuchen, dass man argumentirt: das Restitutionsbegehren richte sich nicht gegen die Entscheidung, sondern gegen die Tatbestandsprämisse derselben; da der Verwaltungsgerichtshof nicht merital erkennt, sondern blos cassirt oder abweist, im Übrigen nur „Rechtsanschauungen" ausspricht, so richte sich die Wiederaufname ob noviter reperta nicht „gegen" die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes, sondern gegen die tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsbehörden, § 43 treffe daher den hier behandelten Fall der Wiederaufname nicht. Allein, wie schon oben S. 150 ausgeführt, enthält die Sentenz des Verwaltungsgerichtshofes, wenngleich deren tatsächliche Prämissen nicht von ihm selbst fixirt werden, gleichwol die Feststellung, dass eben dieser Tatbestand die Anwendung eines als geltend anerkannten abstrakten Rechtssatzes bedinge, somit eine Entscheidung wie eine andere. Wenn daher auch das Gesetz in § 7 aus anderweitigen Gründen die „Rechtsanschauung" desselben für bindend erklärt hat, so ist doch immer ein conkretes Rechtsverhältnis Gegenstand seiner Entscheidung, an die sich materielle Rechtskraft knüpft, „gegen" welche daher auch die Wiederaufname sich richten müsste.

Wir schliessen daher aus § 43, dass selbst dann, wenn einer Partei Mangel an Diligenz nicht zur Last fällt, neue Tatumstände oder Beweismittel von ihr nicht mehr vorgebracht und von der Behörde nicht mehr berücksichtigt werden können, sowie einmal der Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst ein Erkenntnis gefällt hat[36]), gleichviel

---

[36]) Dieser Grundsatz ist in V. G. H. 2140 präcise ausgesprochen. Allerdings lag hier die Sache so, dass die Wirkung der Cassationsentscheidung auf die in Folge der letzteren ergehenden weiteren Verfügungen" (§ 7, al. 2, des Gesetzes) in Frage stand. Das hier ausgesprochene Princip gilt

ob dasselbe zur Cassation der verwaltungsbehördlichen Entscheidung führte oder die Beschwerde abgewiesen wurde.[37])

In der bisherigen Darstellung wurde die Wiederaufname des Verfarens ausschliesslich unter dem Gesichtspunkte in Betracht gezogen, wann den Parteien ein diessbezügliches Recht zustehe. Offenbar kann diess Recht jedoch nicht blos den Parteien zustehen. Lenkt man sein Augenmerk auf die Tatsache, dass bei uns die ordentliche Rechtsprechung in Verwaltungssachen in den Händen der Verwaltungsbehörden ruht, welche zugleich die öffentlichen Interessen zu wahren

---

aber auch dann, wenn die Finalisirung der vorliegenden Angelegenheit durch die Verwaltungsbehörden erfolgt wäre und nach Rechtskraft der Entscheidung dieser letzteren die neuen Tatumstände vorgebracht worden wären. Denn auch dann läge noch immer dieselbe „Sache“ vor und die Gebundenheit der Behörde an die Rechtsanschauung des V. G. H. wäre die gleiche.

Indess ist zu Nr. 2140 zu bemerken, dass es sich da vor Allem um die Frage handelt, ob die Stadtgemeinde Budapest zur Verhandlung bei Nr. 539 geladen wurde oder nicht. War diess geschehen, so ist das Judikat Nr. 2140 im Meritum gewiss richtig, aber zugleich ein Belag für die Ungereimtheiten, welche die Bestimmung des § 43 mit sich führen muss. Im andern Fall war das Judikat Nr. 539 der Stadtgemeinde gegenüber relativ nichtig, es hätte dann so erkannt werden müssen, als ob Nr. 539 nicht existirte. Gerade darüber aber, ob die Beiladung der Stadtgemeinde erfolgte, erteilen uns die Motive zu Nr. 539 keinen Aufschluss; ebensowenig erfahren wir etwas darüber, ob die Beiladung bei Nr. 2140 erfolgte. Wie es scheint, nahm der V. G. H. eine Art obligatorischer Vertretung der Stadt durch das ungarische beziehungsweise österreichische Ministerium des Innern an; ich wüsste aber nicht, worauf sich diese Anname stützen könnte. Übrigens sind beide Judikate noch in anderer Richtung kaum zu billigen. Nr. 539 geht von der sonderbaren Prämisse aus, es sei eine Tatbestandsfrage, ob zwischen Österreich und Ungarn in Heimatssachen formelle Reciprocität bestehe, weil dieselbe nur „faktisch“ geübt werde. Die „faktische“ und als bindend anerkannte Übung eines Rechtssatzes ist aber der Inhalt eines Gewohnheitsrechtes, dessen Bestand nach allgemeinen Grundsätzen (jura novit curia) der V. G. H. zu prüfen gehabt hätte, ohne an die Anname des Ministeriums gebunden zu sein.

Ausserdem enthält Nr. 2140 eine arge Verkennung des Begriffs „Rechtsanschauung“, worüber schon oben § 11, S. 152, gesprochen wurde.

[37]) Hierin läge ein praktische wichtige Consequenz des Unterschiedes zwischen „Rechtsanschauung“ und „Rechtsverhältnis“. Wäre die am Schlusse der vorigen Note erwähnte Auffassung des Begriffes der „Rechtsanschauung“ richtig, so hätte die Ausschliessung der Restitution nur dann einen Sinn, wenn der V. G. H. cassirte, nicht aber, wenn er die Beschwerde abwies. Weil aber § 43 unter der Marginalrubrik „Rechtskraft der Erkenntnisse“ die Wiedereinsetzung auch für die Fälle der letzteren Art ausschliesst, so folgt daraus, dass das Gesetz auch den Erkenntnissen, womit die Beschwerde abgewiesen wird, materielle Rechtskraft beilegt. Vgl. oben S. 153.

haben und in dieser Richtung aktionsberechtigt und -verpflichtet sind, so ist es unausweichlich, den Verwaltungsbehörden im Princip das Recht zuzugestehen, eine Wiederaufname im öffentlichen Interesse ohne, ja selbst gegen den Willen der beteiligten Parteien einzuleiten. Ist die Vertretung der öffentlichen Interessen von der rechtsprechenden Instanz getrennt, wie diess bei den Verwaltungsgerichten der Fall ist, so treffen alle für die Parteien gegebenen Normen auch die Vertreter der öffentlichen Interessen. Diese werden eben selbst zu Parteien gegenüber den Verwaltungsgerichten und es gelten in allen Fällen der verwaltungsgerichtlichen Judikatur auch die Normen bezüglich der Wiederaufname für dieselben wie für andere Parteien. Gegen Erkenntnisse des Reichsgerichtes werden daher auch die Verwaltungsbehörden wie Privatparteien in den Fällen des Art. 3 a des St. G. G. über das R. G. eine Wiederaufname vor dem Reichsgerichte begehren können.

Wenn auch ein derartiger Fall, in welchem die Verwaltung in der Rolle eines Klägers auftreten müsste, in den Gesetzen über das Reichsgericht nicht vorgesehen ist, so lässt sich doch diese Consequenz aus dem im § 37 des Gesetzes von 1869 aufgestellten Grundsatz ableiten, weil die Staatsverwaltung doch augenscheinlich mindestens die gleichen processualen Rechte besitzen muss wie der Einzelne.

Dagegen wird in allen anderen Fällen den Verwaltungsbehörden die Stellung eines Wiederaufnamebegehrens versagt sein, eine Eventualität, die allerdings blos bei Competenzconflikten vorkommen könnte.

Ebenso aber wird, was wol bedenklicher ist, die Verwaltung auch gegenüber den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes zu einer Wiederaufname des Verfarens im öffentlichen Interesse nicht berechtigt sein, weil die Bestimmung des mehrcitirten § 43 ganz allgemein lautet, der Verwaltung daher vor den Parteien eine begünstigte Stellung nicht eingeräumt ist. Indess bezieht sich diess blos auf die Wiederaufname wegen Neuerungen, nicht aber auf causa und lex superveniens, weil diese Restitutionsfälle nach dem bisherigen Sprachgebrauch unter die „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ auf civilprocessualem Gebiet nicht gerechnet wurden.

Wo nun aber die rechtsprechende Behörde zugleich die öffentlichen Interessen zu vertreten hat, dort liegt die Sache anders. Wie die öffentlichen Interessen bei Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen mindestens dieselbe Berücksichtigung finden müssen, wie die Interessen der Privatparteien, so muss dasselbe Verhältnis bei der Wiederaufname obwalten. Aus diesem Princip ergibt sich, dass die Verwaltungsbehörden eine Wiederaufname wegen causa und lex superveniens von

Amtswegen einleiten können.[38]) In beiden Fällen erfolgt somit auch hier eine Rechtsentziehung „im öffentlichen Interesse“, allein der Unterschied dieses Falls von der im vorigen Paragraph erörterten, gewöhnlich mit dem gleichen Ausdruck bezeichneten Aktion[39]) liegt darin, dass bei letzterer ein incorrektes, nichtiges, hier ein formell correktes Verfaren vorherging. Bedingung der Wiederaufname im öffentlichen Interesse wegen causa und lex superveniens ist also, dass die bezüglichen Umstände erst nach Fällung der Entscheidung entstanden, und in diesem Falle sind jene Rechte, welche aus der res judicata entspringen (nur von solchen ist hier die Rede), allerdings aus öffentlichen Rücksichten entziehbar. Es ist diess aber nichts dem Verwaltungsrecht Eigentümliches; denn auch im Privatrecht erstreckt sich die materielle Rechtskraft nicht auf die durch nachgefolgte Tatsachen oder Gesetze entstehenden Rechtsverhältnisse.

Gewiss liesse sich die Zulässigkeit einer Wiederaufname von Amtswegen auch bei neu aufgefundenen Behelfen rechtfertigen. Allein eine solche ist aus anderweitigen Gründen nicht erforderlich, daher nicht zulässig. Wollte man nämlich argumentiren: ebenso wie jeder Partei kann der Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Vertreterin öffentlicher Interessen eine Tatsache oder ein Beweismittel ohne ihr Verschulden unbekannt geblieben sein, sie muss daher das Recht haben, diese neuen Behelfe zur Reassumirung der Verhandlung zu verwenden — so wäre diess zweifellos ein Fehlschluss. Da im Administrativverfaren, soweit öffentliche Interessen in Frage stehen, ausschliesslich die Inquisitionsmaxime herrscht, so ist eben eine Unkenntnis wesentlicher Umstände oder Beweismittel ohne Mangel an processualer Diligenz nicht denkbar. Nicht die Partei, wol aber die Behörde ist verpflichtet, alle zu Gunsten der öffentlichen Interessen verwertbaren Momente von Amtswegen zu erheben; eine Unterlassung dieser Pflicht kann zwar einen wesentlichen Mangel des Verfarens begründen, nicht aber zu einer Wiederaufname Anlass bieten. Die öffentlichen Interessen sind hier durch das Aufsichtsrecht der höheren Behörden und die Möglichkeit, bei wesentlichen Mängeln des Verfarens die Entscheidung zu cassiren[40]), genügend gewahrt. Eine Wiederaufname setzt dagegen ein correktes Verfaren voraus, und da ein solches nicht eingehalten worden sein kann, wenn die neu hervorgekommenen Behelfe der Behörde unbekannt ge-

---

[38]) Und zwar, wie soeben bemerkt, auch dann, wenn der V. G. H. in der Sache ein Erkenntnis gefällt haben sollte.

[39]) Vgl. oben S. 287.

[40]) Vgl. oben S. 278.

blieben waren, so ist eine restitutio ob noviter reperta von Amtswegen unzulässig.

Es frägt sich nunmehr, wie sich die im Bisherigen für die Rechtsprechung aufgestellten Sätze zur Verwaltung im engeren Sinn verhalten, ob es also gegenüber Verordnungen, Beurkundungen und Verfügungen eine Wiederaufname gebe.

Diese Frage ist zu verneinen.

Selbstverständlich kann es sich hier nur um Verwaltungsakte handeln, durch welche subjektive Rechte geschaffen wurden[41]) und zwar rechtmässigerweise geschaffen wurden. Ist der Verwaltungsakt gesetzwidrig, somit nichtig, so fällt die Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsentziehung unter einen anderen Gesichtspunkt, worüber bereits im vorigen Paragraph gehandelt wurde. Ist jedoch ein Recht durch einen constitutiven Verwaltungsakt gesetzmässiger- und correkterweise geschaffen worden, so involvirt die Zulassung einer „Wiederaufname" des Verfarens behufs Änderung oder Entziehung desselben einen Eingriff in ein wolerworbenes Recht. Wolerworben ist ein Recht dann, wenn der Verwaltungsakt, dem es seine Entstehung verdankt, gegen eine Rechtsnorm nicht verstösst. Daher richtet sich die Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage nicht nach einem für alle Arten von Rechten einheitlich gestalteten Rechtsprincip, wie es die Wiederaufname für die Rechtsprechung darstellt, sondern die Rechtsordnung setzt je nach dem Werte der in Betracht kommenden Interessen die Bedingungen der Entziehung für jede einzelne Art von Rechten verschieden fest, verschieden also für Gewerbsrechte, verschieden für Schurf-, Wasserrechte u. s. w.

Das Fehlen eines einheitlichen Rechtsprincips ist die unvermeidliche Folge des so ausserordentlich ungleichen Wertes der Interessen, welche die Rechtsordnung hier gegen einander abzuwägen hat. Zunächst steht das eine fest, dass wolerworbene Rechte Privatinteressen überhaupt nie zu weichen haben; nur öffentliche Interessen können, wenn sie mit jenen in Conflikt geraten, das Übergewicht erlangen. Die Voraussetzungen, unter welchen diess geschehen darf, festzusetzen, ist Sache der Rechtsordnung; die Regel ist jedenfalls, dass wolerworbene Rechte auch im Conflikt mit öffentlichen Interessen aufrecht bleiben. Wo daher die Gesetze über die Modalitäten, unter welchen der Conflikt zwischen wolerworbenen Rechten und öffentlichen Interessen zu lösen ist, Nichts

[41]) Da in anderen Fällen eine Abänderung oder Aufhebung des Aktes „schon wegen geänderter Ansicht der Behörde" erfolgen kann (§ 88 bad. Vollz. V.).

festsetzen, haben erstere das Übergewicht. Die Wichtigkeit der Interessen, welche sich an jene Rechte knüpfen, ist nur de lege ferenda insoferne von Bedeutung, als die Bedingungen der Rechtsentziehung an desto präcisere Merkmale geknüpft zu werden pflegen, je höher die Bedeutung derselben für den Einzelnen ist, und desto mehr dem Ermessen der Behörden überlassen werden müssen, je empfindlicher die öffentlichen Interessen durch die Ausübung des fraglichen Rechtes berührt sein können oder je weniger Wichtigkeit dasselbe für den Einzelnen besitzt. De lege lata muss man annehmen, dass die Rechtsordnung, wenn im Gesetze über die Voraussetzungen der Rechtsentziehung im öffentlichen Interesse Nichts enthalten ist, damit das Übergewicht des jeweils in Frage stehenden subjektiven Rechtes constatiren will; denn die Entziehung eines Rechtes kann wie jeder andere Verwaltungsakt nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung vor sich gehen.

Hieraus ergibt sich, dass die Entziehung eines durch Verwaltungsakt geschaffenen Rechtes nicht etwa wie die Nichtigerklärung ein actus contrarius gegenüber der Rechtsgewährung ist[42]), sondern dass sich in ihr eine besondere Art der Verfügungsgewalt äussert, deren Voraussetzungen lediglich nach den verschiedenen im einzelnen Falle massgebenden Rechtsnormen beurteilt werden können. Es folgt diess insbesondere auch daraus, dass die Art der Entstehung eines Rechtes für die Zulässigkeit dieser Aktion gleichgiltig ist.[43]) Nur in der Regel

[42]) Die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung eines wolerworbenen Rechtes verhält sich zur Nichtigerklärung wie der conträre zum contradiktorischen Gegensatz.

[43]) Eine Consequenz dieses Gedankens ist es, dass diese Materie im künftigen System des Verwaltungsrechtes nicht unter der Rubrik „Rechtskraft“, sondern unter der Rubrik „Endigung subjektiver Rechte“ zu behandeln sein wird. Hierunter wären zu subsumiren: Die Nichtigerklärung; die Entziehung im öffentlichen Interesse auf Grund spezieller gesetzlicher Ermächtigung (wovon hier die Rede ist); dann die Entziehung von Rechten wegen unterlassener Erfüllung finanzieller Pflichten (§ 11, al. 3, Priv. Ges., § 143, al. 2, § 151 D. R. G. O.); die Entziehung zur Strafe (§ 478 St. G.; § 240 Berg. G.; § 138 Gew. Odg.; § 19 Hausirpatent v. 4. Sept. 1852, No. 252; § 41 Forst Ges. v. 3. Dezb. 1852; § 3 Pressgesetz; § 3 der M. Vdg. v. 28. Febr. 1863 [Mh. III. S. 570]; vgl. auch § 23 d. deutschen Sozialistengesetzes; § 147, al. 2, D. R. G. O. — massgebend ist hiefür das Schuldmoment, G. Meyer a. a. O. I, S. 378; E. Löning a. a. O. S. 500, 488); die Ausübung des Retorsionsrechtes gegenüber ausländischen Aktien und Versicherungsgesellschaften (Art. IX der kais. Vdg. v. 29. Nov. 1865, No. 127); endlich die Anwendung des Staatsnotrechts.

Ausser diesen Fällen, welche das gemeinsame Merkmal untereinander verknüpft, dass es hier öffentliche Interessen sind, welche durch behördliche Aktion zur Endigung eines Rechtes führen, wären dann noch die übrigen

sind die Rechte, um die es sich hier handelt, durch behördliche Verfügung entstanden; nicht immer. Gewerbsrechte, Wasserbenützungsrechte können im öffentlichen Interesse auch dann, wenn sie aus Zeiten stammen, wo ein Consens noch nicht vorgeschrieben war, wenn sie also durch unvordenkliche Verjährung entstanden, unter keinen anderen Bedingungen entzogen werden, als ob sie durch behördliche Verleihung geschaffen worden wären.[44]) Dasselbe gilt von Corporationsrechten, welche hie und da seit undenklicher Zeit bestehen[45]), oder von manchen althergebrachten städtischen Abgaben oder Gefällen, welche durch die neuen Gemeindeordnungen (§ 78 M.) aufrecht erhalten wurden.[46])

Nicht darin liegt also das für diese behördliche Aktion charakteristische Merkmal, dass sie die Wirkungen eines rechtsconstitutiven Verwaltungsaktes zerstört, sondern darin, dass sie in wolerworbene subjektive Rechte eingreift in Folge von Umständen, welche der Entstehung des Rechtes nachgefolgt sind; nicht eine Wiederaufname gegen den administrativen Process, sondern eine abgesonderte, individuell entwickelte Art der Verfügungsgewalt müssen wir in derselben erblicken, die durch ihre von der Rechtsordnung im Einzelnen verschiedenartig normirten Bedingungen ausgefüllt, im Übrigen aber durch das Princip begrenzt wird, dass beim Fehlen spezieller Normen die wolerworbenen Rechte den öffentlichen Interessen gegenüber das Übergewicht haben.

Die Darstellung dieser Form der Verfügungsgewalt fällt daher nicht in den Rahmen dieser Arbeit[47]); sie steht nur insoferne im Zu-

---

Endigungsarten an dieser Stelle zu behandeln: Verzicht, Ablauf der vom Gesetz bestimmten Frist, Nichtgebrauch während einer gewissen Zeit, Untergang der Sache, Tod oder Aufhören der Persönlichkeit u. s. w.

[44]) Art. VI des Kundm. P. zur Gew. Odg. Siehe auch § 51 D. R. G. O. Hinsichtlich der Wasserrechte siehe Peyrer, W. R. S. 229, der indess dem „vernünftigen Ermessen der Behörde" (S. 231) einen viel zu weit gehenden Spielraum einräumt.

[45]) Ein Beispiel bietet der St. Pöltener „Wehrverband" (V. G. H. 1032), der, trotzdem er nie als Wassergenossenschaft im Sinne der geltenden Wassergesetze constituirt wurde, doch der Rechte solcher Genossenschaften teilhaft anerkannt wurde.

Ähnlich liegt die Sache bei den in manchen Ländern bestehenden Judengemeinden, deren obrigkeitliche Rechte mit den geltenden Gemeindeordnungen in Conflikt geraten.

[46]) Beispiel V. G. H. 232.

[47]) Es seien daher hier nur einige der hieher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen angeführt. §. 57 Gew. Odg. lässt die Zurückname von (persönlichen) Gewerbsrechten nur zu, wenn ein Mangel der persönlichen Befähigung zum Gewerbebetriebe nachträglich dargetan wird (E. d. M. d. I. v. 7. Aug. 1887; Z. f. V., 1877, S. 147; vgl. aber E. dess. v. 30. Dezb. 1882, das. 1883, S. 39; V. G. H. 380), trifft also hiemit sowol die Fälle der Nich-

sammenhange mit derselben, als es sich um die Frage dreht, nach welchen Grundsätzen sich die Zulässigkeit einer Rechtsentziehung im öffentlichen Interesse beurteilt, wenn der rechtschaffende Akt auf Grund einer Entscheidung ergangen ist.

Da die Entscheidung nichts Anderes ausspricht, als dass ein derartiger Akt zulässig und notwendig sei, so ist nicht zu bezweifeln, dass sich die Geltendmachung öffentlicher Interessen auf Grund von Umständen, welche der Entscheidung nachgefolgt sind, hier nicht nach den für die Wiederaufname geltenden Grundsätzen, sondern nach jenen richtet, welche für den Conflikt öffentlicher Interessen mit einer bestimmten Art wolerworbener Rechte gelten. Da die Entstehungsart dieser letzteren in der erwähnten Beziehung überhaupt irrelevant ist, so ist es dafür auch gleichgiltig, ob die rechtschaffende Verfügung im Wege der Rechtsprechung entstand oder nicht. Wie im vorigen Paragraph entwickelt wurde, ist die Verwaltung berechtigt, im öffentlichen Interesse einfache Verfügungen wegen constatirbarer Gesetzwidrigkeit, jene, welche im Entscheidungswege ergehen, mindestens wegen wesentlicher Mängel des Verfarens von Amtswegen zu cassiren. Lässt sich jedoch eine solche Gesetzwidrigkeit (Nichtigkeit) nicht nachweisen[48]), ist also der Akt blos unzweckmässig gewesen, so ist eine

tigkeit als jene einer absichtlichen Täuschung der Behörde. Hinsichtlich der Erwerbsvereine ist § 24 des Gesetzes vom 26. Nov. 1852, hinsichtlich der übrigen Vereine §§ 6 und 24 des Gesetzes vom 15. Nov. 1867 massgebend. Ersteres Gesetz stellt die Erwerbsvereine wesentlich den Gewerbetreibenden gleich, letzteres stellt so vage Kriterien für die Zulässigkeit der Auflösung auf, dass man fast sagen kann, dieselbe liege im diskretionären Ermessen der Behörden. Hinsichtlich der Privilegien (Hofkzld. v. 16. Jän. 1836 u. H. M. E. v. 7. Jän. 1850, Mh. III, S. 610) u. der gewerblichen Patente (Gesetz vom 15. Aug. 1852, Nr. 184, § 19c) ist im Gesetze die Entziehung „aus öffentlichen Rücksichten“, somit nach Ermessen für zulässig erklärt. Das Gleiche gilt von § 15 der mähr. Bauordnung hinsichtlich des Bauconsenses (vgl. V. G. H. 2377). Das österr. Waffenpatent v. 24. Okt. 1852 enthält über die Entziehung des Waffenpasses Nichts. Mayrhofer (II., S. 606) schliesst daraus, dass der Waffenpass nach Ermessen erteilt werde, auf die Zulässigkeit der Entziehung nach Ermessen, womit ich nach dem im Text Bemerkten nicht übereinstimmen kann. Gleich fraglich ist die Sache hinsichtlich des Rechtes, eine Jagd pachtweise zu benützen. Die Entziehung dieses Rechts nach freiem Ermessen behauptet die E. des Ackb. M. v. 19. Febr. 1876, Mh. III, S. 474; das Gleiche, hinsichtlich des Rechtes, einen Wald zu roden, die E. des Ackb. M. v. 18. Febr. 1874, Z. f. V., 1879, S. 143.

Siehe ferner §§ 240 u. 252 Berggesetz; § 30 des böhm. Jagdgesetzes vom 1. Juni 1866.

[48]) Tatumstände oder Beweismittel, welche der Behörde aktenmässig bei Fällung der Entscheidung, welche die Zulässigkeit eines behördlichen

Entziehung des damit verliehenen Rechtes nur dann zulässig, wenn die Rechtsordnung es ausdrücklich gestattet. Selbstverständlich sind

---

Consenses ausspricht, vorlagen, können daher hinterher zu einer Modifikation oder Entziehung des Consenses nicht verwendet werden (V. G. H. 298), wenn eine derartige Aktion im Gesetze nicht ausdrücklich für zulässig erklärt wird. Gesetzliche Bestimmungen dieser Art enthalten die Wassergesetze im § 21 (P.); indess weichen gerade in der Frage, in wie weit gewisse dem Consens nachfolgende Umstände zur Beschränkung oder Entziehung des Consenses verwertet werden, die einzelnen Landesgesetze erheblich von einander ab. Näheres bei Peyrer, W. R. S. 259. Peyrer irrt indess, wenn er glaubt (S. 590), die öffentlichen Interessen könnten durch das Aufgebotsverfahren nie präkludirt werden. Was man „öffentliche Interessen" nennt, ist kein Ding, was man fühlen und greifen kann; nur dasjenige, was das jeweils massgebende Verwaltungsorgan momentan als im öffentlichen Interesse gelegen erachtet, ist öffentliches Interesse. Der Satz Peyrer's führt daher zu der Consequenz, dass geänderte Ansichten der Behörde über das was im öffentlichen Interesse liegt, zur Consensentziehung führen können. Ich glaube nicht, dass sich Jemand finden wird, der diese Ansicht verteidigt. Es lässt sich dafür durchaus nicht die Erwägung geltend machen, dass alle polizeilichen Aktionen Beschränkungen subjektiver Rechte darstellen.

Denn diese Beschränkungen sind, wie jede Verwaltungsaktion, von einer gesetzlichen Ermächtigung abhängig. Meinungsänderungen der Verwaltungsorgane sind daher nur dann zur Beschränkung oder Entziehung eines Consenses hinreichend, wenn das Gesetz eine solche Aktion ausdrücklich „im öffentlichen Interesse" schlechtweg für zulässig erklärt. Diess ist aber im Wasserrecht nicht der Fall. Offenbar ist Peyrer's Ansicht dadurch entstanden, dass er die vorliegende Frage mit den Fällen des Staatsnotrechtes identifizirt (siehe Note 49).

Noch weit zweifelhafter ist die Sache hinsichtlich der gewerblichen Betriebsanlagen. Es soll nicht geleugnet werden, dass hier eine bedauerliche Lücke in unserer Gesetzgebung besteht. Von Einigen wird die Zulässigkeit der Betriebseinstellung nach Ermessen der Verwaltung (das ist „aus öffentlichen Rücksichten") behauptet (Pražak, Enteignung S. 79; Peyrer a. a. O. S. 570; vgl. auch Sarwey a. a. O. S. 733 u. E. Löning a. a. O. S. 245) und dieser Grundsatz beherrscht meines Wissens auch die Praxis (vgl. z. B. E. d. M. d. I. v. 20. Okt. 1869, Z. f. V., 1869, S. 182). Allein solange eine gesetzliche Ermächtigung zu einer derartigen Aktion nicht besteht, ist dieselbe m. E. unzulässig. Aus §. 57 Gew. Odg. lässt sich dieselbe gewiss nicht ableiten (siehe oben § 16, Note 47). Einen Beleg dafür bietet die Tatsache, dass der Regierungsentwurf der Gewerbenovelle vom Jahre 1883 gesetzliche Normen behufs Einlösung gemeinschädlicher Betriebsanlagen vorschlug, die jedoch merkwürdigerweise im Abgeordnetenhause gestrichen wurden, ohne dass etwas Anderes an deren Stelle gesetzt worden wäre. Dies ist um so misslicher, als auch das klare Princip, das im § 25 D. R. G. O. ausgesprochen ist: „Die Genehmigung bleibt so lange in „Kraft, als keine Änderung in der Lage oder Beschaffenheit der Betrieb- „stätte vorgenommen wird," in der öst. G. O. fehlt und überdiess Competenzbedenken aller Art bestehen (siehe darüber Mh. III, S. 589).

dabei die Fälle des eigentlichen Staatsnotrechtes nicht mit inbegriffen. Die Fälle, in welchen diese ultima ratio wirksam wird, lassen sich überhaupt gesetzlich nicht fixiren; ihr müssen selbst die höchsten Interessen des Einzelnen, Leben und Freiheit, weichen; es ist daher natürlich, dass andere wolerworbene Rechte minderen Wertes keine Ausname machen können.[49])

---

Die gleiche Frage kann übrigens leicht auch bei anderen im Wege der Rechtsprechung erteilten Consensen aktuell werden. Einen Fall dieser Art enthält V. G. H. 1410, woselbst es sich darum handelte, ob die Behörde, nachdem die Anlage eines Friedhofs consentirt worden war, auf Grund einer Meinungsänderung über die Sanitätswidrigkeit der Anlage den Consens zurücknemen könne. Der V. G. H. bejaht diese Frage; denn „offenbar kann „Niemand durch eine einmal ergangene Entscheidung das Recht erlangen, „eine sanitätswidrige Einrichtung zu fordern". Ich finde gerade das Gegenteil „offenbar". Der V. G. H. geht hier von der Voraussetzung aus, dass „Sanitätswidrigkeit" ein fixer Begriff sei, der sich wie eine Gesetzwidrigkeit durch Dritte feststellen lasse. Die Meinung der Behörde kann aber fortwährend wechseln; was dieselbe das zweitemal für gesund hält, kann sie ein drittesmal wieder für ungesund erachten, je nachdem die Hilfsorgane, die sie consultirt, gestimmt sind. Wie ist es zu rechtfertigen, der Möglichkeit eines solchen Schwankens gegenüber den Bestand eines durch die behördliche Verleihung entstehenden Rechtes zu negiren?

In No. 643 geht denn auch der V. G. H. vom entgegengesetzten Gesichtspunkte aus. Es handelte sich hier darum, ob der im Entscheidungswege erteilte Consens zu einem Eisenbahnbauobjekt (einem Durchlass) modificirt werden könne, wenn die Durchführung des Projekts wegen grösserer Belastung des garantirenden Staatsschatzes mit den öffentlichen Interessen in Widerspruch gerät. Hier findet es der V. G. H. „selbstverständlich", dass derlei Erwägungen „für die Rechtsfrage nicht massgebend sein können". Freilich war der V. G. H., wie sich aus den Motiven ergibt, dabei der Ansicht, dass mit seiner Entscheidung die Berücksichtigung öffentlicher Interessen der rechtskräftigen Entscheidung gegenüber nicht negirt sei. Allein trotzdem der V. G. H. es ablehnt, „zu entwickeln, ob nicht der Staatsverwal- „tung die Befugnis zustehe, dann, wenn später hervorkommt, dass die Ent- „scheidung mit dem öffentlichen Wole unvereinbar wäre, dieselbe aufzuheben", geht er in seinem Judikat doch von der Ansicht aus, dass diess nicht zulässig sei; denn die Aktion des Ministers zu Gunsten des garantirenden Staatsschatzes war ja nichts Anderes, als die Erklärung, dass die Entscheidung mit dem öffentlichen Wole unvereinbar sei.

Klarheit in dieser Frage ist nicht zu erreichen, solange nicht die Fälle des Staatsnotrechtes ausgeschieden werden. Die Anwendung des Staatsnotrechtes aber hat, weit entfernt, den Bestand des entzogenen Rechtes zu negiren, gerade umgekehrt die Existenz desselben zur unmittelbaren Voraussetzung.

[49]) Der principielle und praktisch wichtige Unterschied zwischen der Anwendung des Staatsnotrechtes und der Einflussname wechselnder behördlicher Ansichten über die Richtung des öffentlichen Interesses liegt darin,

dass dort anerkannt wird, es müsse zu Gunsten der Gesammtheit ein Recht entzogen werden, während hier dies Recht negirt wird. Dort geht daher nur ein juristischer Stoffwechsel vor sich, die Gesammtheit muss das genommene Gut durch ein anderes ersetzen, ist also zur Entschädigung grundsätzlich verpflichtet; hier nicht. Die Fälle des Staatsnotrechts lassen sich gesetzlich allerdings nicht vorherbestimmen; Aufgabe der Gesetzgebung ist es hier nur, ein vor Missbrauch schützendes Verfaren vorzuschreiben und die Entschädigung zu sichern. Gemeinsam ist beiden Instituten, dass die Aktion im öffentlichen Interesse erfolgt; die Entschädigungspflicht der Gesammtheit unterscheidet sie. In diesem Punkte ist das Staatsnotrecht gleichartig mit der Expropriation, von der es sich jedoch durch die Zwecke, denen es dient und die äussere Veranlassung, sowie dadurch unterscheidet, dass ein Verschulden des Betroffenen die Entschädigungspflicht ausschliesst (E. d. M. d. I. v. 28. Jän. 1872, Z. f. V., 1872, S. 50). Vgl. Grünhut, Enteignung S. 263; Pražak, Enteignung S. 9.

Erwähnenswert ist, dass für Tirol die Min. Vdg. v. 27. April 1859 No. 71, die Entschädigungspflicht des Staates in Fällen des Staatsnotrechtes grundsätzlich anerkannt hat. Vgl. auch § 6 des Ges. vom 3. April 1875, No. 61.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

